

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Internacional Público



TESIS DOCTORAL

La protección individual y el derecho de reparación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Fanny Castro-Rial Garrone

Madrid, 2015

TP
1285
012-I

Fanny Castro-Rial Garrone



X-53-377877-7

LA PROTECCION INDIVIDUAL Y EL DERECHO DE REPARACION
EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

TOMO I

Departamento de Derecho Internacional Público
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1985



BIBLIOTECA

Colección Tesis Doctorales. Nº

10/85

© Fanny Castro-Rial Garrone
Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 28015 Madrid
Madrid, 1985
Xerox 9400 X 721
Depósito Legal: M-43712-1984

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

LA PROTECCION INDIVIDUAL Y EL DERECHO DE REPARACION
EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

TOMO I

Tesis que presenta la Licenciada
Fanny CASTRO-RIAL GARRONE para
optar al título de Doctor.

Dirigida por el Prof. Dr. D.
Manuel Díez de Velasco Vallejo

Madrid, 1.983

... Europa es ya un cuerpo; es ya un alma también; no es todavía una conciencia... entonces Europa vivirá, porque entonces, el es píritu que guía la Historia habrá pronunciado las palabras creadoras: Fiat Europa".

Salvador de Madariaga
"Caracter y destino en Europa"
Madrid 1980, pp. 210, 211, 224.

LA PROTECCION INDIVIDUAL Y EL DERECHO DE
REPARACION EN EL CONVENIO EUROPEO DE DE-
RECHOS HUMANOS.

S U M A R I O

S U M A R I O

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS	1
PREAMBULO	4
AGRADECIMIENTO	13

PRIMERA PARTE

LA PROTECCION INDIVIDUAL Y EL DERECHO DE REPARACION EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.	15
-------------------------------------------------------------------------------------------------	----

I

EL SISTEMA JURIDICO DE LA PROTECCION INDIVIDUAL.	16
A. Instauración y ámbito de la protección.	16
1. La técnica jurídica innovadora del sistema de garantías, en aras de los ideales democráticos.	22
2. La legitimación activa del individuo en el plano jurídico internacional.	30
3. El principio de la protección colectiva.	34
4. El reconocimiento del derecho de recurso individual.	38
5. Los beneficiarios de los derechos: superación del criterio clásico de la nacionalidad.	42

6. Las personas morales y el derecho de <u>re</u> curso individual.	56
7. El ámbito especial de la validez <u>conven</u> cional.	59
B. Los órganos tutelares de la efectividad <u>jurí</u> dica de la protección y el equilibrio de po- deres.	61
1. Los órganos de protección y promoción.	62

I I

LA PROTECCION INDIVIDUAL EN EL PROCESO DE LA ELA BORACION DEL CONVENIO.

A) Precedentes normativos inmediatos del Conve- nio.	69
1. El Proyecto del Convenio.	71
2. Las bases esenciales del futuro Convenio.	81
B) Factores singulares del sistema de protección	88
1. El factor ideológico como razón jurídica.	89
2. El factor orgánico de la redacción y de la protección.	98
3. Notas esenciales de la definición y cali- ficación jurídica de los derechos indivi- duales.	100
4. Referencia a la garantía del justo equili- brio en la protección.	114
C) El análisis jurídico de los redactores sobre los derechos individuales y su protección.	117

1. Polémica relativa a la inclusión de determinados derechos individuales.	119
2. Concreciones sobre el sistema de protección.	123
D) Referencia a los órganos de control de la protección y de la reparación.	124
1. Composición y Competencia de la Comisión	124
2. La Competencia del Tribunal.	127
3. La Competencia del Tribunal en materia de reparación.	128

PARTE SEGUNDA

LA PROTECCION JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONAL Y EUROPEO DE CON FORMIDAD CON EL CONVENIO.

I

PROTECCION EN EL AMBITO NACIONAL.

A. Métodos internos de protección jurídica.	131
B. El derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional.	135
1. El artículo 13 del Convenio europeo como garantía interna.	140
2. Naturaleza e interpretación de la garantía internacional.	145

3. Interconexión del artículo 13 con la <u>pr</u> ivación de libertad (artículo 5 párrafo 4°)	151
4. La necesaria efectividad de los recursos internos.	155
5. Supuesta aplicación directa del Convenio en razón del artículo 13.	162
6. El derecho a una buena administración de justicia y el artículo 13.	167

I I

PROTECCION EN EL AMBITO REGIONAL EUROPEO: EL DE- RECHO DE RECURSO INDIVIDUAL.

A. Antecedentes jurídicos del derecho de recurso individual.	169
B. Análisis de los principios básicos del dere- cho de recurso individual.	202
1. Fórmula jurídica del control jurisdiccio- nal.	202
2. El derecho de recurso individual ante una instancia europea.	205
3. El recurso individual y la Comisión euro- pea de Derechos Humanos.	213
4. Carácter facultativo de la competencia ju- rídica de la Comisión.	218
5. Calificación jurídica de la denuncia indi- vidual.	225
6. La persona humana como parte en el procedi- miento internacional y las condiciones de ejercicio de su legitimación activa.	228

C. Normas esenciales de los órganos fiscalizados y de decisión sobre los derechos de reclamación y de reparación individuales.	284
1. La Comisión.	284
a) Naturaleza jurídica y el acceso directo de las personas físicas y jurídicas	284
b) Composición y funcionamiento como órgano de encuesta y conciliación.	292
c) Competencia (ratione materiae y ratione personae) y su relación con el Tribunal y el Comité de Ministros.	305
2. El Tribunal europeo de Derechos Humanos.	324
a) Composición y la responsabilidad relativa a la protección individual y la reparación.	324
b) Competencia del Tribunal y procedimiento.	328
3. El Comité de Ministros.	339
a) Composición y aspectos jurídico-políticos de su funcionamiento.	339
b) Competencia, procedimiento y facultades relacionadas con el derecho de reparación.	343

PARTE TERCERA

PRESUPUESTOS JURIDICOS DEL SISTEMA TUTELAR DE LA ACCION INDIVIDUAL Y DEL DERECHO DE REPARACION.

I

AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS Y ADMISION DE LAS DEMANDAS DE REPARACION.	352
1. La regla general y la protección de los de- rechos humanos.	352
2. Esfera de aplicación.	362
3. Fundamentación especial de la regla general según el Convenio europeo.	367
4. La regla general en otros Convenios interna- cionales sobre protección de los derechos hu- manos.	375
5. Renuncia del Estado a la regla general y pri- macía de la competencia de la Comisión euro- pea.	387
6. Los principios internacionales y los actos legislativos judiciales y administrativos en relación con las demandas individuales y las interestatales.	396
a) La práctica administrativa tolerada por autoridades inferiores.	411
b) La práctica administrativa tolerada por las autoridades jerárquicamente superio- res.	412
7. Interpretación del Tribunal europeo y las demandas de reparación.	419
8. El carácter de excepciones previas: los pla- zos procesales y el "stoppel".	442

I I

A. La carga de la prueba.	451
a) Principio general y su conformidad con el D.I.D.H.	451
b) El Reglamento de la Comisión e interpretación teórico-práctica.	454
c) A quién corresponde el deber, según el artículo 41 del Reglamento.	456
d) Crítica de la primera interpretación de la Comisión.	458
e) Nueva redacción del Reglamento y sus características esenciales:	461
1) Quién la alega.	465
2) Comienzo de prueba.	468
3) Circunstancias especiales.	475
4) Investigación "ex officio".	476
5) Distribución de la prueba.	481
6) Renuncia.	482
B. Límite temporal del ejercicio del agotamiento.	490
a) Decisión interna definitiva.	490
b) El plazo de seis meses.	492
c) Modificaciones al límite temporal.	493
a') Recursos administrativos.	507
b') Recursos ante Tribunales constitucionales.	509

1. Situación de "violación continuada"	515
2. Validez relativa del plazo según sea la naturaleza del daño.	516
3. La admisibilidad del recurso interpuesto fuera del plazo de los seis meses.	517
4. El plazo y la notificación interna.	520
C. Excepciones: "circunstancias especiales":	521
a) Jurisprudencia consagrada.	521
b) Recursos que reiteran decisiones anteriores.	526
c) Lentitud o prolongación indebida en el procedimiento.	527
d) Ineficacia de los recursos internos.	531
e) Imposibilidad del éxito.	540
f) Parcialidad de los Tribunales y la de negociación de justicia.	542
C') Hipótesis de excepción inadmisibles.	553
a) La insuficiencia de medios económicos.	554
b) La mera ignorancia de la existencia del recurso.	559
c) La opinión subjetiva sobre la improbabilidad de éxito del recurso.	560
d) La diferencia de redacción en los textos oficiales.	561
e) Las condiciones y el mal estado de salud.	562
D. Interpretación razonable de la regla del artículo 26 del Convenio.	563

PARTE CUARTA

I

GENESIS DE LA REGLA DEL ARTICULO 50.

A. Primera redacción del artículo 50.	572
B. Referenciaa los antecedentes arbitrales.	587
C. Interpretación de las normas arbitrales en relación con el artículo 50.	597
D. Validez relativa de la identificación de las normas arbitrales con el artículo 50.	603
1. Finalidades y situaciones diferentes.	605
2. La gran innovación del artículo 50: la legitimación activa de la propia víctima.	617

I I

FINALIDAD PRIMORDIAL DEL CONVENIO: EL INTERES HUMANO DE LA REPARACION.

a) Nueva concepción de la obligación de reparar: la persona humana como víctima efectiva causa suficiente de su demanda de reparación frente al Estado.	634
b) La técnica de la reparación y la relación causal con la violación.	641
c) La decisión necesaria del Consejo de Ministros o la sentencia del Tribunal europeo: diferencias de carácter procesal y de las medidas de reparación.	645

d) Facultad del Tribunal de conceder una "compensación equitativa" según el artículo 50 del convenio europeo.	652
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

I I I

CONDICIONES SUSTANTIVAS DE APLICACION DEL DERECHO DE REPARACION (ARTICULO 50).

a) Requisitos esenciales.	662
b) Facultades discrecionales del Tribunal.	671
c) El procedimiento especial de reparación: conexión procesal de la reparación con la violación.	681
d) El contenido de la reparación: La "restitutio in integrum" y la reparación por <u>equiv</u> alencia.	687
e) La buena fé del Estado en el cumplimiento de la obligación exigible.	695

I V

FASES TECNICO-PROCESALES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE REPARACION.

1. La demanda de indemnización no introduce un litigio nuevo y distinto del habido sobre la violación del Convenio.	697
2. La responsabilidad del Estado y la obligación procesal de los requirentes.	702
3. Interrelación del artículo 26 y 50 del <u>conve</u> nio respecto a las demandas de reparación.	704

4. La cuestión de fondo del litigio y la reparación.	710
5. Facultades del Tribunal en las dos fases posibles del procedimiento de reparación.	715
6. Analogía de los sistemas de reparación del Consejo de Ministros y del Tribunal.	722
7. Renuncia al derecho de reparación.	728

PARTE QUINTA

I

LA PRIVACION IRREGULAR DE LIBERTAD Y EL DERECHO ESPECIAL DE REPARACION.

I. Principales supuestos de privación irregular de libertad protegidos por el derecho de reparación.	730
1. Principio básico: nadie puede ser privado de su libertad y seguridad.	730
a) Concepto del Derecho protegido por el artículo 5: calificación del derecho.	733
2. La privación regular de libertad, conforme al Convenio.	738
a) La legalidad de la detención y el carácter administrativo y judicial de las órdenes de detención. Necesidad de un Tribunal competente y la garantía de los "órganos de control" del Convenio.	738

1) Interpretación del apartado a) del párrafo 1.	743
b) El cumplimiento de las obligaciones prescritas por la ley o por un Tribunal: sus infracciones y la jurisprudencia europea.	749
c) La comparecencia inmediata ante la autoridad judicial: sospecha fundada de infracción y motivos razonables para impedir la. Decisiones de la Comisión y del Tribunal europeo.	755
d) Prevención de huida del infractor y el internamiento de menores, alcohólicos y vagabundos.	760
e) Somera referencia a la prohibición de entrada en el territorio nacional y la extradición.	768
f) La noción polémica del "plazo razonable" del artículo 5 y la opinión de la Comisión y del Tribunal europeo.	771
3. El derecho especial de reparación por infracciones de la libertad y la seguridad de las personas (art. 5º pfo. 5).	778

I I

INTERRELACION DE LOS ARTICULOS 5 Y 50 DEL CONVENIO Y EL DEBER DE COMPENSACION EQUITATIVA A LA PARTE LESIONADA.	792
1. La autonomía del Estado y el control europeo en el ejercicio del derecho de reparación.	792

2. Significado y evolución progresiva del derecho de reparación.	798
3. Conexión directa del agotamiento de los recursos internos con el derecho de reparación (art. 5º pfo. 4).	802
4. La interrelación de "lex specialis" y "lex generalis" y el carácter de norma de fondo del artículo 5.	810
5. El artículo 50 como norma de competencia.	817
6. Facultad especial de vigilancia y fiscalización del Tribunal europeo sobre la concesión de reparación.	819
7. Síntesis del equilibrio del sistema en vigor.	824

PARTE SEXTA

EL DERECHO DE REPARACION EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO.

<u>Consideración Previa</u>	828
-----------------------------	-----

I

TEMATICA GENERAL.	829
1. El derecho del requirente a la reparación.	829
2. Las bases reguladoras de la reparación.	831
a. Efectividad.	838
b. Necesidad	839
c. Carácter razonable del importe global de la indemnización.	842

I I

TEMATICA CONCRETA.	845
A. La demanda de reparación.	845
1. La admisibilidad de la demanda.	845
2. La petición de indemnización constituye la "fase última del procedimiento"	847
3. La instancia de reparación no es una "demanda nueva"	848
4. Los magistrados que sentencian la violación deben entender de la reparación.	852
5. Valor de la reserva del derecho eventual del requirente.	854
6. Propósito de favorecer el arreglo entre el Estado y el requirente.	856
7. El carácter definitivo de la sentencia.	857
B. Fundamentación de la demanda de reparación.	858
1. La naturaleza del daño y la compensación equitativa.	859
2. La no distinción entre actos y omisiones.	860
3. La persona lesionada o víctima.	863
4. La determinación del plazo no-razonable puede preceder al enjuiciamiento de la fundamentación.	866
C. La realidad del daño y el nexo de causalidad.	868
1. No precisión de la naturaleza, ni del alcance del daño.	869

2. No precisión del derecho.	871
3. La causalidad en la detención provisio- nal y la imputación de la detención so- bre la pena.	873
4. Los daños materiales y el perjuicio mo- ral.	874
5. La reputación del requirente y el perjui- cio moral.	876
D. La violación y la compensación equitativa.	877
1. La violación no implica siempre compensa- ción automática.	877
2. La compensación como una "indemnización global"	879
3. La rectificación legal del procedimiento interno defectuoso como compensación de daños.	880
4. La determinación y contenido de la indem- nización, con motivo de la violación del plazo razonable.	884
a. Determinación de la compensación equi- tativa.	887
b. Contenido de la indemnización.	887
c. La apreciación en equidad.	889
d. La apreciación de las costas y gastos.	890
5. La reducción de la pena como reparación.	893
E. La "satisfacción" equitativa.	897
1. El derecho de reparación compensado con la "satisfacción" del reconocimiento de la violación.	897

2. La satisfacción del perjuicio moral y su relación con el daño material.	903
F. El arreglo amistoso y la apreciación en equidad por el Tribunal.	907
1. El carácter equitativo del arreglo amistoso sobre el derecho de reparación.	907
2. El arreglo sobre repartición de costas-gastos: supervisión del Tribunal.	909
3. La petición de compensación limitada solo a "costas y gastos".	913
G. Innovación sobre el derecho de reparación y la hipotética equiparación del terrorista al vagabundo.	918
H. Criterios determinantes de la evaluación de costas y gastos procesales.	919
1. Efectividad del gasto.	919
2. Necesidad del gasto.	920
3. Carácter razonable del importe de las costas-gastos.	925
I. Sinopsis de la aplicación técnico-pragmática del artículo 50.	
1. Asignación de una indemnización pecuniaria.	931
2. La constatación de la violación como compensación equitativa.	937
3. La modificación legislativa interna como reparación.	941

4. La solicitud de reparación presentada por iniciativa del abogado del requirente.	942
5. Sentencia interpretativa del artículo 50.	943
CONCLUSIONES .	947
ANEXO	957
FUENTES DOCUMENTALES	960
BIBLIOGRAFIA	971

A B R E V I A T U R A S

A.D.I.	Anuario de Derecho Internacional.
A.D.H.	Anuario de Derechos Humanos.
A.F.D.I.	Annuaire Français de Droit International.
A.J.I.L.	American Journal of International Law.
Annuaire	Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme.
Annuaire Eur.	Annuaire Européen.
Annuaire I.D.I.	Annuaire de l'Institut de Droit International.
Anuario I.H.L.A.D.I.	Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional.
A.P.C.	Altas Partes Contratantes.
Assemblée	Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe.
A.S.D.I.	Annuaire suisse de droit international.
B.J.C.	Boletín de la Jurisprudencia Constitucional.
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado.
B.Y.B.I.L.	The British Yearbook of International Law.
C.d.E.	Conseil de L'Europe.
Cour. Eur.	Cour Européenne des Droits de L'Homme.
C.D.I.	Comisión de Derecho Internacional.
C.E.D.H.	Convention Européenne des Droits de l'Homme.
C.I.J.	Cour International de Justice.
C.P.J.I.	Cour Permanente de Justice.

C.q.J.	Comission des questions Juridiques.
C.q.P.	Comission des questions Politiques
Dec. Rec.	Décision sur la Recevabilité.
Com. Eur.	Commission Européenne des Droits de l'Homme.
Compte Rendu	de la Commission Européenne des Droits de l'Homme.
Cahiers de D.e.	Cahiers de Droit Européen.
D.I.D.H.	Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
Doc.	Document.
D.U.	Declaración Universal de los derechos del hombre.
E.C.R.	European Court Reports.
H.R.L.J.	Human Rights Law Journal.
H.R.	Human Rights.
I.D.I.	Institut de Droit International.
J.T.	Journal des Tribunaux.
Eur. com.	European commission of Human Rights.
Eur. Court.	European Court of Human Rights.
N.U.	Naciones Unidas.
O.E.A.	Organización de Estados Americanos.
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas.
Publ. Cour. Eur. D.H.	Publications de la Cour Européenne des Droits de L'Homme.
R.C.A.D.I.	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye.
R.C.I.J.	Revue de la Commission International des Juristes.

R.D.H.	Revue des Droits de L'Homme.
R.D.I.	Rivista di diritto internazionale.
R.D.I.L.C.	Revue de droit international et de législation comparée.
Recueil des Déc.	Commission Européenne des Droits de L'Homme. Recueil des Décisions.
R.F.D.U.C.	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
Rec. Trav. Prep.	Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention européenne des droits de l'Homme.
Rec. N.U.	Recueil des Nations Unies.
Rev. hellénique de D.I.	Revue hellénique de droit international.
Rev. belge D.I.	Revue belge de droit international.
R.g.D.I.P.	Revue générale de droit international public.
R. Mar. Com.	Revue du Marché Commun.
R.I.E.	Revista Instituciones Europeas.
S.D.N.	Sociedad de Naciones.
S.T.C.	Sentencias del Tribunal Constitucional.
T.C.	Tribunal Constitucional.
T.I.J.	Tribunal Internacional de Justicia.
T.P.A.	Tribunal Permanente de Arbitraje.
T.P.J.I.	Tribunal Permanente de Justicia Internacional.
U.N.E.S.C.O.	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

h

P R E A M B U L O

El Convenio europeo para la protección y salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales responde al propósito de garantizar, de modo eficaz, el respeto y el ejercicio de los Derechos humanos que consolidan las instituciones democráticas y coadyuvan a la realización del ideal de unidad europeo.

El respeto debido a la dignidad de la persona, es la condición necesaria para el mantenimiento de la democracia y la primacía del Derecho. En su defensa se instaura un "orden público comunitario" y una "garantía colectiva" que frustre cualquier intento antidemocrático en el seno de los Estados signatarios.

La protección individual y el consiguiente derecho de reparación a la persona, víctima de una violación del Convenio, constituyen los objetivos esenciales del presente estudio. La razón jurídica principal que motiva y explica el interés actual del tema es la instauración, en el plano internacional, de un sistema eficiente de garantías invocable directamente por la persona humana frente a los Estados signatarios e infractores del Convenio.

El estudio del Sistema jurídico de la protección individual del Convenio conlleva el necesario análisis del tratamiento legal de los derechos humanos. En primer lugar en el ámbito nacional, porque los Estados signatarios han asumido la responsabilidad de adoptar e introducir en sus ordenamientos los medios adecuados a la tutela ineludible y prescrita convencionalmente. La efectividad de los recursos internos no es ahora en el sistema europeo tan solo una máxima genérica del Derecho internacional común, cuyo quebrantamiento genere la responsabilidad interestatal; sino que es un precepto jurídico cuya inobser

vancia pone en funcionamiento el mecanismo protector del Convenio directamente en favor de las personas lesionadas. Se atribuye al hombre, per se, el ejercicio de un recurso individual ante una instancia internacional. Se le confiere a la persona física o jurídica, presumible víctima, la legitimación activa en el ámbito supranacional del Convenio.

El derecho de recurso individual ante una instancia europea -la Comisión- convierte a la persona humana en el guardian de sus propios derechos y custodio de sus propias libertades políticas, siendo parte en el procedimiento internacional.

La problemática derivada de esa nueva situación jurídica del individuo en el orden internacional nos ofrece una constelación de cuestiones muy amplia. Desde la noción de víctima, conforme a nuevos criterios jurídico-internacionales, hasta la investigación del alcance de la normativa convencional y la interpretación de la jurisprudencia europea, sin dejar de considerar las funciones fiscalizadoras de los órganos de protección del sistema instaurado y las interrelaciones de la reclamación y la reparación individuales.

El funcionamiento del sistema de protección individual se encuentra condicionado por una serie de presupuestos jurídicos, cuyo esclarecimiento impone la determinación de los nuevos criterios y modalidades aplicables a la regla del agotamiento de los recursos internos, conexo substancial y peculiarmente con el ejercicio del derecho de reparación. La fundamentación e invocación de dicha regla, operativa en el orden internacional, es objeto de muy específicas peculiaridades, límites temporales y excepciones en el desarrollo del sistema convencional europeo de las demandas individuales, al igual que lo que acontece con la carga de la prueba en el singular procedimiento su-

pranacional del Convenio. Su función repercute en el contexto de distribución de competencias de los órganos de control del sistema, en la fase de admisibilidad y en las decisiones según el tipo de actos incriminados. Su acción será acorde con la correcta aplicación de los principios internacionales pero matizada de modo especial en relación con las demandas individuales e interestatales en razón del sistema jurídico convencional.

La mejor comprensión de la configuración jurídica del derecho individual de reparación, regulado por el Convenio, nos ha llevado al examen esclarecedor del asentamiento de la fórmula convencional en otras cláusulas habituales de los tratados de arbitraje clásicos, que le han servido de inspiración. Este hecho nos permite subrayar la diferente finalidad perseguida por la regla reparatoria en el contexto del Convenio y analizar sus efectos singulares e innovadores en el ámbito jurídico internacional.

La singularidad específica del derecho establecido que le confiere individualidad propia frente a las normas arbitrales que la inspiraron se analiza en base a la realidad concreta que pretendía regular el art. 50. La falta de identificación plena entre la fórmula reparatoria y las cláusulas arbitrales se clarifica con la valoración teleológica que subyace en la aportación jurídica de las reglas convencionales en materia de reparación.

La innovación jurídica, en el plano internacional, del derecho individual de reparación no ha dejado de presentar dificultades operativas en su aplicación pragmática, especialmente en relación con la persona humana, privada de libertad o carente de plena seguridad jurídica (art. 5 del Convenio). Se imponía por ello el estudio de la interrelación existente entre las

reglas reparatorias convencionales, con el fin de comprender, a la luz de la experiencia jurisprudencial, el alcance complementario o derogatorio de unas y otras y la correlación jurídica entre la lex generalis (art. 50) y la lex specialis (art. 5).

Los supuestos fácticos amparados por el principio general de reparación del art. 50, han tenido que ser modelados progresivamente en razón del objetivo primordial de la obligación del resarcimiento que pesa sobre el Estado responsable. Este perfeccionamiento evolutivo nos ha llevado al análisis de la atribución de la condición de "parte lesionada", que se pone en juego directamente por el individuo, el mecanismo de la técnica jurídica reparatoria.

El ejercicio del derecho individual o estatal de reparación aun fundamentándose, natural e inicialmente, en una relación causal, posibilita a la jurisdicción europea la estructura del procedimiento reparatorio, de modo diverso al método clásico seguido por las instancias estrictamente interestatales.

La nueva técnica procesal deriva de la concepción de la obligación de reparar directamente a la persona humana, como víctima efectiva de la violación, es causa suficiente de su demanda de reparación frente a los Estados. La pugna procesal gira en torno de la víctima, como demandante, y del Estado infractor, como demandado. La reclamación de la víctima constituye la base primordial de la estimación del daño. El juez europeo goza de entera libertad en la apreciación del valor de las pruebas, y no está limitado, como el juez interno, en lo que concierne a su evaluación y admisibilidad. La prueba debe de ser aportada, principalmente como instrumento destinado a establecer las relaciones de hecho y de causalidad.

El nexo causal entre la violación y la lesión de sus de rechos es la base jurídica que por sí sola legítima al particular para solicitar el derecho a ser resarcido por el Estado, con independencia de la categoría de la autoridad interna infractora, lo cual nos lleva a poner en evidencia los nuevos aspectos de la responsabilidad del Estado.

La técnica de la reparación se asienta en el sistema de "garantía colectiva" y en la finalidad de la protección humana. El Convenio ofrece una sistemática causal ligada a la infracción. La violación ha de estar en relación causal con los derechos y libertades inscritos en el sistema de garantía colectiva del Convenio.

La confirmación formal de la supuesta violación no deriva directamente del esclarecimiento y razonamiento de la Comisión, sino de la decisión del Comité de Ministros o de la sentencia del Tribunal, aunque la Comisión desempeña un papel priordial con el objeto de conseguir un arreglo amistoso del asunto.

La atribución de la compensación equitativa está articulada en una serie de precisiones y límites derivados del sistema de la "garantía colectiva" y de manera muy específica por el art. 50 del Convenio. Reunidas las condiciones sustantivas de la aplicación del art. 50, compete al Tribunal apreciar, con buena discrecionalidad, la oportunidad y la equidad de la posible concesión de la reparación. Las facultades discrecionales son de carácter relativo y tendrán en cuenta las circunstancias del interés público o privado propios de cada asunto. El sistema europeo de restitución directa no resultará operativo antes de haberse contrastado y ejercitado las posibilidades del sistema de protección jurídica del Derecho interno. Es innovador el

hecho de que la presentación de la reclamación de reparación no sea imprescindible para la concesión de la satisfacción a la víctima, porque el Tribunal puede otorgarla "ex officio".

Esta realidad convencional postulaba la necesidad de estudiar las facultades y esfera de acción, en materia de reparación de cualquiera de los órganos de decisión del sistema de protección -Comité de Ministros, Comisión y Tribunal europeos- que han de intervenir en defecto de la actuación diligente o adecuada de las autoridades nacionales.

Las resoluciones de los órganos decisorios establecen, de forma análoga en el terreno de los principios, las modalidades equitativas de la reparación, pero presentan diferencias procesales para los requirientes, según sea el órgano, interviniente. De ahí la necesidad del estudio técnico-jurídico de las posibilidades de acción de los órganos de control del sistema en relación con las demandas de reparación y, singularmente, la interpretación del Tribunal europeo respecto a las cuestiones específicas suscitadas sobre la normativa y el modus operandi, que ha de observar la víctima para hacer valer sus derechos y los criterios establecidos en favor de una buena administración de justicia.

En el análisis de la jurisprudencia no hemos pretendido efectuar un análisis exhaustivo y de la problemática global que se suscite en las decisiones acordadas sino que nos hemos limitado a hacer su análisis con referencia explícita a los aspectos reparatorios.

La eventual reserva del derecho de reparación en la sentencia declarativa de la violación, con carácter previo a la

asignación definitiva de la indemnización pertinente por la instancia jurisdiccional es, también, objeto de desarrollo y estudio especial. Se trata de una singularidad convencional reveladora de la significación atribuida a la conciliación entre las partes en litigio, al carácter relativo de la renuncia del requirente y al valor de la equidad a los efectos de la compensación.

La peculiaridad del sistema y del ejercicio del derecho de reparación se pone de manifiesto en el eventual desarrollo del procedimiento reparatorio en dos fases separadas, con dos sentencias autónomas, pero integrantes de un único proceso internacional.

La imputabilidad del ilícito al Estado, en una primera sentencia, conlleva el reconocimiento del buen fundamento de la reclamación individual de reparación, aunque la reserva del derecho no presuponga el contenido material de la ulterior sentencia reparatoria. Por ello, merecía dilucidarse la cuestión del sentido jurídico de esa nueva oportunidad que se le ofrece al Estado de llegar a un arreglo amistoso con la persona lesionada, antes de pronunciarse la sentencia condenatoria de indemnización, y esclarecer los límites jurídicos, en ese interregno, de la discrecionalidad del Estado y de la acción individual. Estas cuestiones ponen de relieve la fiscalización constante de las instancias europeas en aras de la equidad perseguida por el art. 50 del Convenio.

El análisis de la concurrencia del acto lesivo y de su realidad mensurable, al igual que la simultaneidad del vínculo de causalidad, como el origen del daño determinante de la condición de víctima del requirente, son cuestiones interdependientes en relación con el estudio de la estimación del daño mate-

rial y del perjuicio moral, causa decisiva y originaria del derecho a obtener reparación.

Esclarecido el ejercicio del derecho individual, procedía la consideración de las modalidades de la compensación equitativa atribuible a la parte lesionada y las limitaciones objetivas que pueden condicionar la demanda del requirente.

El contenido de la reparación se refiere tanto a los supuestos en que la "*restitutio in integrum*" fuere posible como a aquellas infracciones en que la reparación debiera realizarse por equivalencia.

El vasto elenco de las cuestiones jurídicas indicadas requería el contraste, indagación y precisión del derecho de reparación en la jurisprudencia del Tribunal europeo, cuya estimación del daño y de la satisfacción vienen determinados por los criterios de efectividad, necesidad y el carácter razonable y equitativo de la compensación en defecto de la "*restitutio in integrum*". Las formas clásicas de reparación experimentan modulaciones específicas, cuando se trata de la libertad y de la seguridad de las personas, que suscitan la ponderación de la conmutación de la pena como reparación suficiente, la evaluación e indemnización por equivalencia del perjuicio moral, la concesión de una indemnización de carácter global -por daños y perjuicios-, la naturaleza inembargable de la compensación, la reparación simbólica del perjuicio moral mediante el reconocimiento explícito de la responsabilidad estatal como satisfacción equitativa suficiente, etc.

En fin, la innovación del ejercicio individual del derecho de reparación, en el plano europeo, se corresponde con el objetivo primordial del Convenio, cuyos órganos de garantía y control vienen salvaguardando el interés humano de la reparación.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar debo mencionar al Director de esta tesis Prof. Dr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo, en la actualidad Magistrado del Tribunal Constitucional. Como gran investigador y defensor de los derechos humanos. Su orientación benévola constante y sus observaciones enriquecedoras unidas al rigor científico y a su talante humano y -- creativo han inspirado y hecho posible el presente estudio.

Manifestamos también nuestro agradecimiento al Prof. - Herman Mosler, actualmente juez del Tribunal Internacional de Justicia, cuyas magistrales indicaciones recibidas en - Heidelberg me hicieron comprender el alcance jurisprudencial del tema objeto de esta tesis.

En tercer lugar, tengo el grato deber de reconocer la continua y desinteresada ayuda que me han prestado en todo momento todos los miembros y colegas del Departamento de - Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, los miembros del cual me han - ofrecido su orientación científica, cuyo apoyo moral y consejos personales me mantuvieron firme en el propósito investigador.

De modo especial mi gratitud al Director del Departamento Prof. Dr. D. Jose Antonio Pastor Ridruejo, que me facilitó cordialmente mi labor y deseo de ver finalizada esta tesis, siendo un impulsor noble y continuo en su elaboración.

No olvidamos al Prof. Dr. D. Gil Carlos Rodríguez Igle

sias, cuyas oportunas y sutiles observaciones durante la redacción de este estudio han sido de significativa utilidad.

En cuarto lugar he de recordar con mucho agrado al "Institut International des Droits de l'Homme" de Estrasburgo, por la beca que me ofreció para el inicio de este trabajo y que me permitió tener contacto con insignes maestros de la realidad viva y ejecución del Convenio.

Por último, desde lo más profundo de mi conciencia, deseo nombrar a mi padre D. Juan Manuel Castro-Rial Canosa que me infundió, desde hace años el ánimo de estudio y dedicación a la Ciencia Internacional.

15

LA PROTECCION INDIVIDUAL Y EL DERECHO DE
REPARACION EN EL CONVENIO EUROPEO DE DE-
RECHOS HUMANOS.

P A R T E P R I M E R A

152

LA PROTECCION INDIVIDUAL Y EL DERECHO DE REPARACION
EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

PARTE PRIMERA

I

I. El sistema jurídico de la protección individual.

A. Instauración y ámbito de la protección.

1. La técnica jurídica innovadora del sistema de garantías, en aras de los ideales democráticos.
2. La legitimación activa del individuo en el plano jurídico internacional.
3. El principio de la protección colectiva.
4. El reconocimiento del derecho de recurso individual.
5. Los beneficiarios de los derechos: superación del criterio clásico de la nacionalidad.
6. Las personas morales y el derecho de recurso individual.
7. El ámbito espacial de la validez convencional.

B. Los órganos tutelares de la efectividad jurídica de la protección y el equilibrio de poderes.

LA PROTECCION INDIVIDUAL EN EL PROCESO DE LA
ELABORACION DEL CONVENIO.

A) PRECEDENTES NORMATIVOS INMEDIATOS DEL CONVENIO:

1. El Proyecto del Convenio.
2. Las bases esenciales del futuro Convenio.

B) FACTORES SINGULARES DEL SISTEMA DE PROTECCION

1. El factor ideológico como razón jurídica.
2. El factor orgánico de la redacción y de la protección.
3. Notas esenciales de la definición y calificación jurídica de los derechos individuales.
4. Referencia a la garantía del justo equilibrio en la protección.
5. Análisis jurídico de los redactores de los derechos individuales y de su protección.
6. Referencia a los órganos de control de la protección y de la reparación.

C) EL ANALISIS JURIDICO DE LOS REDACTORES SOBRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y SU PROTECCION.

1. Polémica relativa a la inclusión de determinados derechos individuales y su protección.
2. Concreciones sobre el sistema de protección.

D) REFERENCIA A LOS ORGANOS DE CONTROL DE LA PROTECCION Y DE LA REPARACION.

1. Composición y competencia de la Comisión.
2. La competencia del Tribunal.
3. La competencia del Tribunal en materia de reparación.

PARTE PRIMERA

I. El sistema jurídico de la protección individual.

A) Instauración y ámbito de la protección.

Entre los varios sistemas internacionales, existentes en la actualidad, sobre la protección de los Derechos Humanos destaca, en primerísimo lugar, por su originalidad y eficiencia prácticas, el instaurado por el Convenio Europeo de salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Al 31 de Diciembre de 1982, veintium Estados han ratificado el Convenio, que entró en vigor el 3 de Septiembre de 1953 (1).

El sistema convencional, cuyo objetivo estriba en la protección internacional de los Derechos Humanos, se realiza

(1) El Convenio fue firmado en Roma el 4 de Noviembre de 1950 por los siguientes Estados: Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania Federal, Gran Bretaña, Holanda, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Turquía y, el 28 de Noviembre, por Grecia, Suecia, Austria, Chipre y Malta. Ratificaron el Convenio los siguientes Estados: Australia, el 3 de Septiembre de 1958; Bélgica, el 14 de Junio de 1955; Chipre, el 6 de Noviembre de 1962; Dinamarca, el 13 de Abril de 1953; Grecia, el 28 de Marzo de 1953; Holanda, el 31 de Agosto de 1954; Irlanda, el 25 de Febrero de 1953; Islandia, el 29 de Junio de 1953; Italia, el 3 de Septiembre de 1953; Gran Bretaña, el 8 de Enero de 1951; Luxemburgo, el 3 de Septiembre de 1953; Malta, el 23 de Enero de 1967; Noruega el 15 de Enero de 1952; Suecia, el 4 de Febrero de 1952; Turquía, el 18 de Mayo de 1954. No fue ratificado por los siguientes Estados signatarios: Francia y Suiza; Francia, por su nacionalismo, sería uno de los Estados que tardó más en ratificar el Convenio, ratificándolo el 3 de Mayo de 1974. El último Estado en ratificar el Convenio ha sido Liechestein, el 8 de septiembre de 1.982.

mediante un "Díptico" (2). En primer lugar, se procede a su definición y, en segundo lugar, se establecen las medidas de aplicación.

-
- (2) Eustathiades, C. Th: "La Mise en oeuvre des Droits de l'Homme sur le plan international" en "La Protection Internationale des droits de l'homme dans le Cadre Européen". Paris 1961, pp. 217-230. Golsong, H.: "Implementation of International Protection of Human Rights. Recueil des Cours, de l'Académie de Droit International, La Haya, 1963, III, pp. 7-142. Cassin, R. "La Protection internationale des Droits de l'Homme, en Encyclopédie Française, Paris 1964. pág. 377 y ss. Jenks, C.W.: "Law and Opinion in the International Protection of Human Rights". En René Cassin Amicorum Discipulorumque, Liber. I. 1969, pp. 114-120. Lauterpacht, H.: "The international protection of Human Rights" En R.C.A.D.I. La Haya 1947, tome 70, vol. 70, pp. 1-108. Parry, C.: "Some considerations upon the protection of individuals in international law". En R.C.A.D.I. La Haya 1956, Tome 90, vol. 90, pp. 653-726. Susterhenn, A.: "L'idée des droits de l'homme et sa mise en oeuvre. En Mélanges offerts à Henri Rolin. Paris 1964, pp. 398-406. Vasak, K.: "Le Droit International des Droits de l'Homme". En R.C.A.D.I., La Haya 1973, III, pp. 345-415. Golsong, H.: "Implementation of international protection of Human Rights, En R.C.A.D.I., 1963, tome 110, Vol. 110, pp. 1-151.

Mandelstam, A.N.: "La protection internationale des Droits de l'Homme". En R.C.A.D.I. Tome 38, 1931, vol. 38, pp. 125-232. Glaser, S.: "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif" en Mélanges H. Rolin Paris 1964, pp. 104-124. Slusny, M.: "Quelques observations sur les systèmes de protection internationale des droits de l'homme". En Mélanges H. Rolin, cit. pp. 374-397. Dumas, J.: "La sauvegarde internationale des Droits de l'Homme". En R.C.A.D.I., 1937, 59, pp. 1-97. Amodio, E.: "Il controllo sui provvedimenti restrittivi della libertà personale in una recente pronuncia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo". En L'Indice Penale, n° 3, 1971, pp. 520 y ss. Gil Robles, J.M.: "Los derechos del hombre" Barcelona, 1969. Cuadra, H.: "La protección internacional de los derechos humanos". México 1970.

En el Título I del Convenio, no solo se determinan los derechos fundamentales, sino sus beneficiarios y el ámbito geográfico de su aplicación, así como las obligaciones que se derivan para las Partes Contratantes tanto en el ámbito interno como en el internacional, no es el primer instrumento internacional que contiene una codificación de derechos fundamentales, pues se ha visto precedido de la Declaración Universal (3), pero existe una diferencia vital entre ambos textos internacionales, ya que el Convenio europeo se califica como una auténtica "Convención Internacional".

Tratándose de establecer un verdadero y efectivo sistema jurídico, no eran solo suficientes las referencias genéricas a los Derechos contemplados. Los jueces, en el alto ejerccio de su misión, necesitan de precisiones y definiciones concretas, positivas. Porque, si no hubiese sido así, se hubiese corrido el riesgo de confiar, en exceso, en la discrecionalidad de los Estados interesados.

Por eso, ha podido decirse que el Convenio está cerca de ser una codificación de Derecho positivo, por contener con detalle la enunciación del Derecho, al mismo tiempo que salvaguarda y garantiza de modo explícito en su articulado las normas establecidas (4).

(3) La Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de Diciembre de 1948. En Carrillo Salcedo, J.A. "Textos Básicos de Naciones Unidas", Madrid, 1982, Capítulo III, pp. 89 y ss.

SZABO, I.: "Fondements historiques et développement des droits de l'homme" en "Les dimensions internationales des droits de l'homme". UNESCO, Nueva York, 1978, pp. 11-44, especialmente pp. 37-44.

(4) Véase: Convention européenne des Droits de l'Homme. Re-

El Convenio europeo resulta más innovador que los anteriores intentos internacionales de protección de derechos hu-

.../...

cueil des Textes, Estrasburgo, 1977, pág. 103. Nedjati, Z., ha afirmado el carácter objetivo de las obligaciones que asumen los Estados Partes en los siguientes términos: "... the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between Contracting States. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a "collective enforcement". En: "Human Rights under the European Convention". Amsterdam. 1978, pág. 3.

El carácter objetivo de las obligaciones de las Altas Partes contratantes ha sido consagrado tanto por la Comisión como por el Tribunal. La primera señaló: "...Aux yeux de la Commission, pour mettre en oeuvre la Convention a l'échelle internationale, il y a lieu de l'interpréter de manière objective". Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Affaire Golder. Série B, vol. 16, 1973-1975, pág. 34.

"... les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent a protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des Etats contractants plutôt qu'a créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers". Asunto n°788/60 "Austria contra Italia, en Annuaire de la Convention européenne des Droits l'Homme". Vol. IV, pág. 141. La Comisión rechaza cualquier interpretación restrictiva de las obligaciones de las Partes en los siguientes términos: "... et non en fonction de ce qu'une Partie a pu comprendre au moment où elle l'a ratifiée. En outre, et quoi qu'il puisse en être d'un traité international ordinaire, la Commission et la Cour, chaque fois qu'elles se sont prononcées sur ce point d'ordre général ont toutes deux déclaré que la Convention ne devrait pas s'interpréter d'une manière restrictive qui l'empêcherait d'atteindre son but et de réaliser son objet". Asunto Golder cit. Publ. Cour. Eur. D.H. Serie B. Vol. 16, 1973-1975, pág. 34.

En el Asunto Wemhoff el Tribunal había declarado "S'agissant d'un traité normatif (la Convention), il y a lieu d'autre parte de rechercher quelle es l'interprétation la plus prope à atteindre le but et à réaliser l'objet

.../...

manos. En parte, porque no solo efectúa una enumeración de carácter genérico, como los acuerdos que le precedieron, sino que desciende, a veces con mucho detalle, a la definición del contenido de los "derechos humanos" dignos de protección (5).

.../...

de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties (Sentencia Asunto Wemhoff contra República Federal de Alemania). Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 7, pág. 23, y en el asunto de "ciertos aspectos del Régimen lingüístico belga: "La Cour retient que le but que les Parties Contractantes se sont proposé d'atteindre, d'une manière générales, au moyen de la Convention européenne des Droits de l'Homme, était une protection efficace des droits fondamentaux de l'homme, et ce sans doute en raison non seulement des circonstances historiques dans lesquelles la Convention a été conclue, mais aussi du développement social et technique de notre époque qui offre à l'Etat des possibilités considérables pour réglementer l'exercice de ces droits. Aussi la Convention implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers". En Publ. Cour Eur. D.H. Série A n° 6, párrafo 5, pág. 32.

- (5) Una clara muestra la encontramos en el art. 5 del Convenio que por defender uno de los derechos más fundamentales del ser humano y para evitar cualquier arbitrariedad del poder público enumera exhaustivamente los supuestos legítimos en que al individuo se le puede privar del bien preciado de su libertad. Tendremos ocasión de ver al analizar las violaciones del Convenio cómo la jurisprudencia del Tribunal europeo y la práctica de la Comisión se han manifestado a favor de una interpretación restrictiva de los supuestos de una privación de libertad en el sentido de que la "enumeración del art. 5 tiene carácter exhaustivo", no pudiendo las autoridades internas ampliar el número de supuestos.
- Velu, J.: "Le contrôle des organes prévus par la Convention européenne des droits de l'homme sur le but le motif et l'objet des mesures d'exception dérogeant à cette Convention". En Mélanges H. Rolin, cit. pp. 462-478.

Al mismo tiempo que salvaguarda y garantiza de modo explícito derechos concretos, instaura órganos precisos de vigilancia, ejecución y control para su aplicación (6).

-
- (6) Sperdutti, G.: "Caratteri del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo"
 "Contributo allo Studio della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo". En: Rivista di Diritto Internazionale, 1974, n° 3, pp. 434-436.
 Modinos, P.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme". En Revue Générale de Droit International Public. 1956, pp. 87-92.
 Marcus Helmons, S.: "Réflexions sur une protection efficace des droits de l'homme". En Revue de Droits de l'homme. Vol. II, n° 2, 1969, pp. 267-274.
 Los órganos de vigilancia y control son la Comisión europea de derechos humanos y el Tribunal europeo de derechos humanos ambos con sede en Estrasburgo. Y el órgano que desempeña la labor de vigilancia de la ejecución de las decisiones es el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Véanse arts. 19 y 32 del Convenio en Recueil des Textes. cit, pp. 106-107, 109.
 Cabe citar a Kiss, Ch. A.: "La Convention Européenne des droits de l'homme et le système de garantie du Droit International Public". En "La protection internationale des droits de l'homme, ob. cit. pág. 239.
 Lannung, H.: "Human Rights and the multiplicity of European systems for international protection". En R.D.H. vol. V, n° 4, 1973, pp. 651 y ss. Vasak, K.: "L'organisation politique et administrative internationale (Conseil de l'Europe, Convention européenne des Droits de l'Homme, droits garantis par la Convention)". En "Juris-classeur de Droit International, n° 2, Fascicule 155-F, 1972, pp. 1 y ss.
 Weil, G.L.: "The European Convention on Human Rights. Background, Development and Prospects." En European Aspects, Série C: Politics, n° 12, Leyden, 1963.

1. La técnica jurídica innovadora del sistema de garantías,
en aras de los ideales democráticos.

El Convenio europeo presenta unos rasgos específicos: en primer término veremos sus más singulares aportaciones en el ámbito del Derecho Internacional. Los autores del Convenio rechazan el tradicional sistema que inspiraba los textos internacionales anteriores y en los que sus redactores se consideraban satisfechos con el compromiso que adoptaban las Partes de respetar los derechos y libertades proclamados sin establecer un sistema que implicase un control internacional de las obligaciones asumidas por las mismas (7).

-
- (7) El Comité de Ministros incluyó el 12 de Agosto de 1949 la cuestión relativa a los derechos humanos en el orden del día de la Asamblea, "Mesures à prendre en vue de l'accomplissement du but déclaré du Conseil de l'Europe conformément à l'article premier du Statut, pour la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales". Esta expresión como se vería inmediatamente no expresaba de manera adecuada la real intención de las partes de modo que el texto: "pour le maintien et le progrès ultérieur des droits de l'homme", llevó al Comité de Ministros en su sesión celebrada del 8 al 13 de Agosto de 1949, a decidir que debía utilizarse el texto en su versión inglesa porque se adecuaba mejor a la real intención de la Asamblea: "... Measures for the fulfilment of the declared aim of the Council of Europe in accordance with Article I of the Statute in regard to the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms", de modo que la expresión "pour le maintien et le progrès ultérieur..." se sustituiría: "pour la sauvegarde et le développement" que se corresponde mejor con la idea manifestada en la versión inglesa citada, y que se ajustaba a la real preocupación de la Asamblea. Era intención del Comité que la Asamblea se preocupase de la definición de los derechos humanos. Esta cuestión suscitó arduos debates durante la elaboración del Convenio. Véase: "Ordre du jour et procès-verbaux. Assemblée Consultative. 1^{ère} sesión: 3^{ème} séance. Annexe à l'ordre du

Se consideró necesario abandonar el criterio que sostenía la suficiencia de los mecanismos jurídicos internos para la protección de los derechos humanos, aunque, como veremos, sea a éstos a quienes corresponda en primer término, pero no con exclusividad, proceder a la defensa y aplicación de los derechos y libertades individuales (8).

Se abandonan, por consiguiente, las pretensiones excesivamente optimistas y, temiendo que la garantía interna carezca de eficacia práctica, se opta por el establecimiento de instrumentos procesales específicos (9).

.../...

jour, en "Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Eur. D.H." vol. 1, Commission Préparatoire du Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Assemblée Consultative 11 Mai-8 Septembre 1949. La Haya 1975, Introduction XXV, pp. 18-21 y vol. II, pp. 249 y ss.

- (8) Se ha afirmado que: "Perdida la confianza en la protección absoluta por los mecanismos jurídicos internos, se ha ensayado la vía de la protección internacional para cuando falle la primera".
 Díez de Velasco Vallejo, M.: "Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la Convención Europea de los Derechos del Hombre". En Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, Tomo II, Madrid 1959, pp. 585-663, aquí pág. 594.
 Alcalá Zamora Castillo, N.: "La protección procesal Internacional de los derechos humanos". Madrid 1975, pp. 179 y ss.
- (9) Fix Zamudio, H.: "La protección de los derechos humanos in foro interno". En "Miscellanea en honor de Ganshof Van der Meersch". Bruselas 1972, Tomo III, pp. 107-144, aquí en concreto véanse pp. 143-144.

Dicho aspecto fue subrayado de modo especial, entre otros, por Gasnhof Van Der Meersch en el Coloquio de Bruselas, refiriéndose al progreso y gran transformación lograda en la protección de los individuos a nivel regional, (europeo). En efecto, el Convenio prevee que un Estado puede otorgar su protección no sólo a sus nacionales, sino también a cualquier individuo, a los extranjeros, a los apátridas e incluso a los no súbditos del Estado que hubiera cometido una violación de los Derechos Humanos (art. 1). No se precisa, pues, el nexo de la nacionalidad entre el Estado protector y la víctima de la violación, para proceder internacionalmente a su tutela y defensa, como era antes la regla general (10).

El Convenio configura, pues, la voluntad de las Partes Contratantes de someterse a un sistema de control que prevee un mecanismo de protección de carácter internacional y que entra en juego cuando el sistema interno falle por inoperatividad o insuficiencia (11).

(10) El art. 1 del Convenio dispone: "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio". Las ponencias y debates del Coloquio organizado por el Instituto de Estudios Europeos han sido publicados en: "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen". Bruselas, 1978. En el debate que siguió a la ponencia presentada por Mertens, P.: "Origines et fondements du Droit de Recours Interne en cas de violation d'une norme de Droit International", en: ob. cit. pp. 23-50, respecto de la intervención de Ganshof Van Der Meersch, creemos de interés sus palabras: "Je crois qu'il est bon de souligner, dans ce colloque, les immenses progrès réalisés sur le plan régional quant à l'étendue de la protection des individus... La protection individuelle a donc subi une transformation profonde qui, malheureusement, reste pour le moment limitée aux systèmes régionaux de protection", en ob. cit. pp. 56-57.

(11) El Art. 19 del Convenio crea la Comisión y el Tribunal
.../..

Los autores del Convenio optan por una nueva técnica de control, mediante un sistema de demandas que se van a constituir como elemento esencial del Derecho Europeo en lo que se refiere a Derechos humanos. Por ello, se puede decir que la mayor aportación del Convenio europeo de Derechos Humanos consiste en la viva preocupación de establecer una garantía más eficaz de los derechos humanos, que precisa la constitución de un sistema específico de control y ejecución de las obligaciones contraídas por los Estados Partes.

Esta concepción responde al objetivo primordial del Convenio, como bien se deduce de sus trabajos preparatorios, que persigue la consolidación de los regímenes democráticos en los Estados miembros. Este reforzamiento de las instituciones democráticas supondría la consecución de una mayor "estabilidad democrática".

El mantenimiento de los valores democráticos hacía necesario el establecimiento de niveles materiales mínimos de las libertades públicas y de los derechos humanos, que resultarían cada vez más asegurados.

A tal fin, el sistema de garantías introducido protege directamente a la persona humana y se califica al Convenio europeo de Derechos Humanos como el "polemista permanente", ya que

.../...

europeo de derechos humanos. En el art. 33 del Convenio se dispone que las Partes se sometan a la decisión de los órganos de control, confiándose la ejecución de las decisiones al Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 32-3) del Convenio.
Véanse Recueil des Textes, pp. 106-107, 109.
Carrillo Salcedo, J.A.: "Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Madrid, 1969, pág. 327.

replantea en múltiples aspectos las categorías jurídicas tradicionales que constituyen la trama del Derecho internacional general. Se cuestiona, por ello, si acaso no es cierto que el Convenio eleva a categoría de sujeto de. D.I. al propio individuo, cuya protección no se encuadra en el concepto de "dominio reservado", "competencia exclusiva", y no se supedita al principio de reciprocidad (12).

La eficacia práctica perseguida respondía, como señala Benvenutti, recogiendo el pensamiento de Calamandrei, al pro-

-
- (12) En este sentido se manifiesta K. Vasak, en el Prólogo de la obra colectiva de Petzold, H. y Khöl A.: "Los derechos humanos trascienden de la esfera del domaine réservé y se convierten en una cuestión que por su propia naturaleza concierne al orden Público Internacional". En "Recueil pour les étudiants en Droit International des Droits de l'Homme: en "La Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. Documents et Jurisprudence". Institut International des Droits de l'Homme. Estrasburgo 1977, 2 edición, pág. 6. En igual sentido se había pronunciado Vasak K. en su curso impartido en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, véase su trabajo "Contenu et délimitation du Droit International des Droits de l'Homme en R.C.A. D.I, vol. 140, pp. 343 y ss. Ermacora, F.: "Human Rights and domestic Jurisdiction. (article 2, 7, of the charter)". en R.C.A.D.I. La Haya 1968, T. 24. pp. 371-451. Politis, N.S.: "Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux", Tomo 6, 1924, Vol, 6, pp. 1-121. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas proclamó: "Los derechos del hombre se escapan del denominado "domaine réservé" de los Estados y se convierten en una cuestión, que por su propia naturaleza pertenece al orden público internacional". Véase Informe de la Comisión E/600 del 17 de Diciembre de 1947, pág. 36 y véase asimismo: "Compte Rendu Analytique de la 92 session de la 3ème Commission. Doc. O.N.U., A/C.3/ SR, 92, 4 Octobre 1948, pág. 13. En este sentido Mertens, P. ob. cit. pág. 43.

pósito de evitar una mera "eficacia pedagógica", y superar las "proclamaciones abstractas". Por eso, Benvenuti, entendía que la defensa de los Derechos Humanos debiera ser confiada a órganos supraestatales revestidos de competencia suficiente, y que dispusieran de los medios necesarios para "salvaguardar dichos derechos contra cualquier atentado por parte de los Estados nacionales".

Es de notar, en efecto, la gran aportación innovadora del Convenio europeo de Derechos Humanos en el ámbito de las relaciones interestatales: su viva preocupación por establecer una serie de garantías (13).

Por ello, se ha podido decir que una de las innovaciones del C.E.D.H., consiste en que éste no se contenta con el mero "compromiso jurídico" enunciado de que las Partes han de respetar los derechos y libertades proclamados por el Convenio europeo. Va más lejos; prevee "la creación de un mecanismo de garantía tendente a proteger el respeto efectivo de estas libertades y derechos" (14). El Convenio prevé y establece, por tanto, procedimientos especiales de garantía efectiva de los

(13) En este sentido Waldock, H. "The effectiveness of the system set up by the European Convention on Human Rights", en *HRI.I*, vol. I, 1980, pp. 1-12.
Véase, Eustathiades, C. Th. *Ob. cit.* pp. 217-230.
Véase la alocución de Benvenuti, P., a la sazón Secretario General del Consejo de Europa al inaugurar el Coloquio organizado del 14-15 de Noviembre de 1960 por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Económicas de Estrasburgo en "La Protection internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen". Paris 1960, pp. 13-17.

(14) Szabo, I.: "Fondements historiques et développement des droits de l'homme", en "Dimentions Internationales des

derechos enunciados que no eran usuales en la práctica internacional.

Este carácter innovador ha permitido calificar al propio Convenio, al Protocolo Adicional y a los órganos por el Convenio establecidos "como la base de un sistema específico de realización", funcionando éste por medio de los órganos de índole intercomunitaria internacional (15).

Los miembros del Consejo de Europa tenían clara conciencia, manifestada en el Preámbulo de su Estatuto, de que el objeto y derecho del Consejo de alcanzar la unidad europea se conseguiría en gran parte mediante una más perfecta ejecución y puesta en práctica de los derechos humanos, que garantizaría la consolidación de los regímenes democráticos.

Idearon, por tanto, la creación de un sistema de protección capaz de conseguir la ejecución de estos ideales. Las dificultades surgidas en el proceso de elaboración del texto justificaron el establecimiento de un sistema de protección a dos niveles. Estos niveles se pueden identificar como un "nivel mínimo", que es aceptado por todos los Estados Partes, y un "sistema superestructural" que refuerza el sistema primero, que preveía la posibilidad de aceptar o no las cláusulas facultativas que creaban los órganos de control (16).

.../..

Droits de l'Homme" en la obra colectiva publicada por la UNESCO y dirigida por Vasak K. Nueva York, UNESCO, 1978, pág. 39.

(15) Kiss, A. CH.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le système de garantie du Droit International Public" en "La Protection Internationale". Ob. cit., pág. 239. Se ha afirmado: "The very essence of the Convention, its most important innovation, lies in its machinery for supervising the operation of the treaty, in other words, in its international system of enforcement by means of judicial process". Véase Golsong H. Ob. cit. pág. 62.

(16) Bobbio, N.: "Il preambolo della convenzione europea dei diritti dell'uomo". En Riv. Dir. Int. 1974, n° 3, pp. 437-445.

.../..

En realidad, se procuró aplicar con carácter regional a Europa lo que era difícil de ensayar para todo el mundo, porque era más factible lograrlo en el grupo homogéneo de las democracias occidentales. Y esto se ve confirmado por el Convenio cuando invoca tantas veces el "régimen político verdaderamente democrático" y la "concepción común" de los Derechos Humanos reinante en Europa (17).

Si la Declaración de la O.N.U. no tiene, en sentido jurídico estricto "fuerza obligatoria", en cambio, el Convenio establece ya en su Preámbulo, claramente, el propósito de los signatarios de asumir verdaderas obligaciones internacionales: "resueltos... a asegurar la garantía colectiva" de los derechos y libertades reconocidas. Y, por lo mismo, se estipula que los Estados signatarios "reconocen a toda persona", dentro de su jurisdicción, los derechos y libertades, cuyo contenido es desarrollado en el articulado subsiguiente (18).

El Convenio vincula hoy a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, incluido Liechtenstein. No nos interesa aquí,

.../..

Vasak, K.: "Le Conseil de l'Europe. La Convention européenne des droits de l'homme". en "Les dimensions internationales des droits de l'homme". UNESCO 1978, págs. 536 y ss.

(17) Mikaelson, L.: "European protection of human rights . The practice and procedure of the European Commission of Human Rights on the admissibility of applications from individual and States" Alphen Aanden Rijn, 1980, pp. 11-12.

(18) Véase Preámbulo del Convenio, y artículos 8, 9, 10, 11, particularmente. En Recueil des Textes. pp. 104-105.

con vistas a nuestro estudio, el aspecto tan discutido de si los Estados - Miembros del Consejo de Europa están o no llamados, moralmente, a aceptar el Convenio. Baste decir que parece predominar el criterio contrario (19).

2. La legitimación activa del individuo en el plano jurídico internacional.

Es indudable que el Convenio implica una limitación voluntaria de los poderes gubernamentales tradicionales en lo que concierne al tratamiento de los individuos por el Estado (20).

(19) En el Preámbulo del Convenio los gobiernos signatarios se basan en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948: "Considerando que esta Declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados". En el mismo Preámbulo se declaran: "Resueltos en cuanto gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal". Véase Recueil des Textes, pág. 102.

(20) Conseil de l'Europe. Affaires Juridiques. "Etat des signatures et des Ratifications des Conventions et Accords du Conseil de l'Europe" 15 Décembre, 1981. pág. 17. Respecto al Instrumento de adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de Mayo de 1949, véase B.O.E. 1 Marzo 1978.

Precisamente el respeto que la dignidad del hombre se merece ha sido el criterio que llevó al Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Roma, a establecer que "los Estados tienen deberes no solo respecto de los otros Estados sino respecto de los hombres" (21).

La particularidad del sistema europeo radica en ser el desarrollo más amplio habido hasta ahora de las demandas individuales e interestatales sobre la materia en el plano internacional, que pueden verse seguidas de una decisión final obligatoria, merced a la inclusión en el sistema de dos instrumentos característicos: el derecho de recurso individual y el Tribunal europeo de derechos humanos.

Este sistema se ha calificado de "à la carte approach", y no ha dejado de ser controvertido, pero en la práctica ha dado evidentes resultados (22).

(21) Council of Europe: "The Rights of the European Citizen". Prefacio de Lord McNair. Estrasburgo, 1961, pp. 19-20.

(22) El Instituto de Derecho Internacional en su 36 Sesión y elaborado por su XII Comisión (1929) proclamó "La Declaración Internacional de los Derechos Humanos". El texto aprobado, en su Preámbulo estableció: "Considerando que la conciencia jurídica del mundo civilizado exige el reconocimiento al individuo de derechos que quedan sustraídos a cualquier atentado por parte del Estado". En la anterior redacción del punto primero del Preámbulo: se proponía la expresión "reconocimiento internacional" que sería sustituida por la de simple "reconocimiento" y también se pretendía incluir la expresión "el reconocimiento internacional al individuo de una esfera jurídica sustraída a cualquier atentado" es decir, se proponía "esfera jurídica" que al quedar redactado el texto definitivamente se sustituiría por la de "derechos". La Declaración fué aprobada por 45 votos a favor uno en contra (Bustamante) y 11 abstenciones.

Como las reclamaciones individuales están sometidas a la previa declaración y aceptación voluntaria por los Esta-

.../..

En su articulado se Proclama (expresión propuesta por Streit) entre otros el deber del Estado de reconocer al individuo el derecho a la vida, libertad, derecho a la propiedad y el deber de otorgar a todos los individuos que se hallen en su territorio la plena y completa protección de este derecho, sin distinción en razón de la nacionalidad sexo, raza, lengua o religión. Véanse Resoluciones aprobadas por el Instituto de Derecho Internacional, 36 Sesión, 12 Comisión. Declaración Internacional de los Derechos Humanos en: "Annuaire de l'Institut de Droit International", 1929, Tome II, pp. 298-300 y véase Annuaire cit. 1921, vol. 28, pp. 207 y ss.

Posteriormente en Abril de 1944. El Hudson Committee publica: Derecho Internacional del Futuro, Postulados Principios y Proposiciones. La protección de los Derechos humanos pasa de ser una cuestión que corresponde a la jurisdicción interna para afectar directamente al Derecho Internacional. El Comité estimó que el principio primordial para la defensa de los intereses colectivos de las naciones podría formularse en los siguientes términos: "La Comunidad Internacional se reserva la protección de los derechos esenciales para la seguridad y bienestar de todos, la independencia y la soberanía de los Estados, está limitada y subordinada al interés general de la Comunidad Internacional". "Ningún Estado estará libre de actuar a su libre albedrío dentro y fuera de sus fronteras". La violación de los derechos de los individuos o de los Estados puede afectar vitalmente a los intereses de todas las naciones". Este segundo principio constituye sin duda un excelente punto de partida para establecer una defensa general jurisdiccional internacional de la persona humana es precisa, porque ésta es víctima de violaciones de sus derechos fundamentales por parte de su propio Estado. Pero como afirma Carjeu: "el intento de Hudson Committee falla al no establecer las precisiones suficientes en virtud de las cuales se estableciese un mecanismo apto para favorecer el respeto y disfrute integral y efectivo de los derechos y libertades". De todos modos aunque

.../..

dos, se ha dicho que sería más correcto hablar de un sistema mínimo aceptado por todas las Partes y de un sistema superestructural para reforzar el primero. Estas superestructuras serían el derecho de recurso individual y la jurisdicción obligatoria del Tribunal objeto de cláusulas facultativas (23).

En todo caso, es unánime la consideración del Convenio europeo como el mayor logro alcanzado en el seno del Consejo de Europa, muy particularmente por su contribución al "status del individuo" en el ámbito del Derecho internacional. Y, por otra parte, porque el derecho de acción estatal puede desempeñar un papel muy importante en la aplicación del Convenio.

En realidad, lo que comunmente se conoce como el gran rasgo innovador, revolucionario, la gran aportación del Convenio es el reconocimiento al particular del derecho de legitimación activa ante un órgano internacional; es lo que se conoce como derecho de recurso individual o como derecho de petición, que merece examen aparte por lo que ha supuesto de reconocimiento del status jurídico del individuo en el Derecho Internacional positivo (24).

.../...

insuficiente es loable esta formulación ya que se impone un auténtico deber del Estado por parte del Derecho Internacional se condena la arbitrariedad del Estado, se limita la omnipotencia del Estado, se establece la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno, se estipula la conveniencia de garantizar este standard mínimo de derechos. Pero sin embargo y a pesar de todo lo enunciado no constituye un instrumento de Derecho positivo. Véase A.J.I.L., Abril 1944, pág. 279-289 y R.G.D.I.P. 1959, pág. 682, Carjeu P.M., "Le projet de la Declaration des Nations Unies, R.G.D.I.P. 1959, págs. 681-682. La Chapelle, R.P., "Déclaration des Droits de l'homme" París, 1967.

(23) Mikaelson, L.: Ob. cit. pág. 5-12.

(24) Ibidem, pág. 13.

Por eso, el sistema del Convenio, su amplitud y el carácter innovador de sus principios, ha podido ser calificado de "revolucionario" en el orden jurídico internacional, por conferir derechos a los individuos como tales frente a sus propios Estados, y crear instancias de decisión supranacionales cuyo uso no monopolizan ya los Estados (25).

Se trata de una fuente de inspiración de validez general, que puede convertirse, en el futuro, en la base de normas universales y regionales para la protección de los derechos del hombre (26). En el momento presente, constituye el primer intento regional de crear un instrumento internacional de protección de la persona humana, conteniendo definiciones, obligaciones mutuas y un sistema de control peculiar.

Se considera como un prototipo de ulterior perfeccionamiento en el logro del objetivo esencial del Consejo, que tiene de a unificar Europa. "Es el primer intento internacional para establecer un sistema de protección colectiva". La preocupación de los autores del Convenio consistía en lograr un reforzamiento del sistema de protección de los derechos humanos (27).

3. El principio de la protección colectiva.

La realización del objetivo, el sistema de protección

(25) Truyol y Serra, A.: "Los Derechos Humanos", Madrid, 1979, (1 reimp. de 2 edición), pág. 46.

(26) Beddard, R.: "Human Rights and Europe", Londres 1980 (2 edición) pp. 36-49.

(27) Vasak, K.: "Le droit international des Droits de l'homme" en R.C.A.D.I., La Haya 1974, vol. 140, pp. 333-416.

colectiva, se plasmaría en la creación de los órganos de control. El C.E.D.H., ha creado, a tal fin, dos órganos específicos de carácter internacional: la Comisión y el Tribunal europeos de derechos humanos (art. 19). Estos órganos específicos se ven fortalecidos por las facultades de control que el Convenio confirió, a su vez, al propio Comité de Ministros del Consejo de Europa, y a su Secretario General (28).

Este sistema de reforzamiento de la exigibilidad de los derechos y deberes humanos convenidos se demuestra en las siguientes observaciones:

- 1) El auténtico compromiso de garantía asumido por las Partes, que se manifiesta en el empleo del término "asegurarán" en su disposición primera y que supera la mera declaración de intención o declaración programática.
- 2) La voluntad de los Estados de establecer el sistema de garantía colectiva mediante la opción por un sistema de carácter jurisdiccional que controlará y sancionará su actuación.
- 3) La obligación que surge para los Estados Contratantes no sólo de respetar los derechos y obligaciones contraídas en el Convenio, sino de la voluntad de convertirse las propias Altas Partes Contratantes en promotoras de su aplicación mediante un sistema de garantía colectiva que plasma su voluntad de autocontrolarse. Es lo que se conoce por la instauración del sistema de un "orden público europeo" en lo relativo al respeto de los derechos humanos.

(28) Mikaelson, L.: Ob. cit. pág. 11.

En efecto, el Convenio en su artículo 24 dispone: "Toda Parte Contratante puede denunciar a la Comisión, a través del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier incumplimiento de las disposiciones del presente Convenio que crea poder ser imputado a otra Parte Contratante" (29).

Por consiguiente, cualquier Estado puede poner en funcionamiento el sistema de control para proteger el interés de la comunidad que, en el supuesto del Convenio europeo, no es otro que la salvaguardia del patrimonio ideológico común íntimamente conectado con la protección de los derechos humanos (30). A pesar de que el ejercicio del derecho de acción individual y estatal sea raro y parsimonioso, su singularidad específica como sistema convencional continúa siendo la excepción en Derecho Internacional (31), y así se expuso claramente en el coloquio de Viena en 1971 (32).

(29) Véanse artículos 19, 25, 32 y 46 del Convenio en, Recueil des Textes, pp. 106-108, 111.

(30) Recueil des Textes, pág. 108. Spiropoulos, J.: "L'individu et le Droit international" en R.C.A.D.I., Tome 30, 1929, vol. 30, pp. 191-270.

(31) Se refiere el Preámbulo a la reafirmación del mantenimiento del régimen político democrático y en la concepción común del respeto de los derechos humanos. Véase Recueil des Textes, pág. 102.

(32) Salmon, J.A.: "Essai de Typologie des Systemas de protection internationale des droits de l'homme", en "La protection internationale des droits de l'Homme", Centre Henri Rolin, Bruselas, 1977, pp. 173-206, aquí pág. 183.

- 4) Su naturaleza vinculante, ya que los Estados signatarios se obligan de manera expresa a su estricto cumplimiento; al igual que en los tratados internacionales normales, asumen compromisos bilaterales, pero, a diferencia de éstos, asumen asimismo obligaciones objetivas (33).
- 5) Los Estados se obligan a una aplicación inmediata del Convenio, sin que sea necesaria una promulgación, posterior a la ratificación, de medidas legislativas complementarias (34).

En tal sentido, precisamente el Secretario General tiene competencia para solicitar de los Estados Partes las explicaciones adecuadas sobre la forma en que el Derecho interno garantiza, en la práctica, el cumplimiento del Convenio (35).

-
- (33) Conference parlementaire relative aux droits de l'homme "quel homme doit être pris en considération quant à la protection de les droits". Intervención de Mertens en Doc. AS/COLL. D.H. (71) 4, y Salmon Ob. cit. pág. 188.
 - (34) Gashof Van Der Meersch, W.J., véase "Discussion sur les origines et fondements", en ob. cit. pp. 55-67.
 - (35) El tema de los derechos humanos se escapa "a la exclusiva competencia interna de los Estados, además la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los proyectos de pactos y otros textos, tanto instituciones como convencionales, han originado un núcleo de principios jurídicos positivos que no permiten reducir las obligaciones de los Estados en materia de derechos del hombre y libertades fundamentales de la persona humana a deberes exclusivamente morales o políticos, ya que aquellos principios constituyen el embrión de normas jurídicas e internacionales de ius cogens, expresión jurídico positiva de la disposición del Preámbulo

- 6) La posibilidad de ampliar el ámbito territorial de la aplicación del Convenio mediante la inclusión de la cláusula colonial.

4. El reconocimiento del derecho de recurso individual.

El sistema de ejecución del Convenio prevee diferentes posibilidades de reforzar el mecanismo de garantía. El ejercicio del derecho de "cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares", de demandar a los Estados queda condicionado al reconocimiento de la competencia a tal fin de la Comisión que presupone la previa aceptación por parte de seis de los Estados signatarios (art. 25). La entrada en vigor del art. 25 fue lograda en Julio de 1955. Este reconocimiento de la competencia de la Comisión se suele efectuar por un período específico, dos o cinco años o por un período indefinido (36).

Este último supuesto ha sido el caso de Islandia, Irlanda y Suecia.

.../...

de la Carta que proclama la fé de los pueblos de las Naciones Unidas en "los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana", véase Preámbulo en Carrillo Salcedo, J.A., ob. cit. pág. 42. En el Título V del Convenio en su art. 57 dispone: "A requerimiento del Secretario general del Consejo de Europa, toda Alta Parte Contratante suministrará las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de este Convenio". Véase Recueil des Textes, pág. 113.

- (36) Truyol y Serra, A.: Ob. cit. pág. 46. La ponencia en los actos celebrados en el Ateneo de Madrid con motivo de la Conmemoración del 30 Aniversario del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Madrid 3-4 de Noviembre de 1980.

La aceptación por un período breve exige la renovación del reconocimiento que, en la práctica, se suele realizar tácitamente cada dos años, salvo que previamente a su expiración el Estado denuncie su aceptación. El hecho del reconocimiento explícito es de gran trascendencia, porque condiciona, naturalmente, las decisiones del Comité de Ministros y del Tribunal europeo. Los factores políticos determinantes de la aceptación crean, a veces, un clima de incertidumbre y dificultan la renovación del reconocimiento.

Las soluciones posibles apuntadas -del período breve- reflejan la falta de confianza de los Estados en torno a la aceptación de la importante cláusula, y la dificultad podría paliarse mediante el reconocimiento por un período mínimo de cinco años o mediante el reconocimiento "indefinido". De los últimos Estados que aceptaron dicha cláusula han sido Francia (el 2 de Octubre de 1981) por un período de cinco años y España (el 1 de Julio del mismo año) por un período de dos años. Hemos de apuntar que Francia ha sido la Parte más reacia a aceptar la competencia de la Comisión en esta materia (37).

El derecho de recurso individual previsto por el Convenio constituye "el triunfo del humanismo jurídico" y permite al individuo el acceso a la instancia internacional dentro del mecanismo de protección previsto por el Convenio europeo de Derechos Humanos.

(37) Cuando lo hubieron manifestado: Suecia, Irlanda, Dinamarca, Islandia, República Federal de Alemania y Bélgica. Véase *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1956. y la Declaración de España, relativa al art. 25 del Convenio, de 25 de junio de 1981, publicada en B.O.E. de 30 de junio de 1981, n° 155, pág. 4928.

La admisión del recurso individual establecido por el Convenio y que analizaremos más detenidamente, tiene como fin abrir un procedimiento que permita, directamente, la solución de un conflicto de intereses humanos. El individuo aparece como partícipe de una actividad de carácter procesal que se desenvuelve ante un órgano internacional: la Comisión europea de Derechos Humanos. Su actividad es jurídica, no meramente instrumental y de hecho, por lo cual la persona adquiere una situación jurídica subjetiva internacional.

La segunda posibilidad que prevee el Convenio se concreta en la sumisión jurisdiccional. La eventualidad incierta de que las Partes diesen su consentimiento favorable a la aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal, ha llevado a la "cláusula facultativa". Su obligatoriedad depende de la voluntad del Estado. Esta fórmula transaccional presenta la ventaja de facilitar la sumisión, lo que se ha denominado "à la carte approach", obteniendo un mayor número de ratificaciones, pues es el caso de no haberse proyectado esta fórmula hubiese resultado un órgano inoperante (38).

Las controversias que se originaron al vislumbrar este sistema de cláusulas facultativas lo desarrollaremos al analizar el proceso de elaboración y aprobación de la normatividad convencional.

(38) Véase: "Etat des signatures et des ratifications des Conventions et Accords du Conseil de l'Europe". Francia había ratificado el Convenio el 3 de Mayo de 1974 y empleó 7 años en efectuar la declaración relativa al art. 25, el 2 de octubre de 1981, el 16 de Julio de 1981, había efectuado la declaración relativa al art. 46 por un período de 3 años, véase Conseil de l'Europe. Affaires Juridiques, Etat de signatures et ratifications des Conventions et Accords du Conseil de l'Europe, 3 Décembre 1981, pág. 17.

Tradicionalmente, los ordenamientos jurídicos nacionales se preocupaban de conferir derechos y de atribuir libertades individuales a sus nacionales. Esta preocupación interna podía manifestarse, por vía convencional, en el ámbito internacional. Los Estados, sin embargo, reconocen derechos y protegen a determinados grupos de particulares en base a su situación especial, debido a circunstancias determinadas o por su indefensión o debilidad. Así ha surgido, modernamente, la protección de la población que sufre con motivo de los conflictos armados, las "víctimas de guerra"; su protección genera una nueva legislación y una nueva concepción del derecho.

La moderna tónica de la protección internacional se resume, sin embargo, por su carácter restringido, es decir, sólo se confieren los derechos en atención a la pertenencia del individuo a una categoría específica. Se ha dicho que la configuración anterior de la protección de los derechos por categorías que establecen criterios diferenciales entre los hombres puede llevarnos a una diferenciación inacabable.

Esta situación varía notablemente a raíz de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos del Instituto de Derecho Internacional y en base a la adopción de Textos internacionales para la protección de los derechos humanos en el ámbito de la O.N.U. (39).

(39) Dupuy, R.J.: "Le triomphe de l'humanisme juridique", en "La Commission Européenne des Droits de l'Homme", en A.F.D.I., 1957, pág. 449. Annuaire de l'I.D.I., ses. Nueva York, 1929, II, pp. 298-300. En cuanto a las Naciones Unidas: R. 217 (III). La Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de Diciembre de 1948. R. 1904 (XVIII) - Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 20 de Noviembre de 1963. R. 2106. La Declaración de las Naciones

5. Los beneficiarios de los derechos: superación del criterio clásico de la nacionalidad.

En la actual sociedad internacional se elaboran instrumen

.../..

Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de Diciembre de 1965. R. 2200. El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Ambos del 16 de Diciembre de 1966. R. 3452 La Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 9 de Diciembre de 1975. R. 34/180. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de Diciembre de 1979. Véanse los textos y comentarios de Carrillo Salcedo J.A. "Textos básicos de Naciones Unidas" Madrid. 1982, véase capítulo III, pp. 89-177.

Gonzalez Campos, J. "La protección de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas" (De la obra colectiva O.N.U. Año XX - 1946-1966), Madrid 1966, pp. 249-285.

En cuanto a la Declaración Universal de 1948 los Ministros del Consejo de Europa en la reunión del Comité de Ministros en su 63 sesión celebrada en Estrasburgo el 23 de Noviembre de 1978, subrayaron la gran fuerza moral de la Declaración universal, cuyo 30 aniversario se celebraba, debería guardar en todo el mundo. Convinieron en que sería conveniente que los Estados Miembros del Consejo de Europa testimoniasen en el marco de las Naciones Unidas, el compromiso específico del Consejo en la causa de los derechos del hombre que se asociasen de forma apropiada a las ceremonias de las Naciones Unidas que marcaban dicho Aniversario.

Goldman, B.: "Les juridictions des droits de l'homme" (Human Rights Tribunals) en Jurisdictions Internationales-International Courts (Unión Internationale des Avocats), París, 1958, pp. 72-115.

(Extraits de la Convention et texte integral du Règlement interieur de la Commission europeenne des Droits de l'Homme, pp. 548-567).

tos internacionales que generalizan la protección de los derechos individuales de forma que ya no se configuran respecto de una determinada categoría humana, sino que se conciben con un objetivo mucho más ambicioso. Entre ellos se destaca el Convenio europeo porque protege al hombre en cuanto categoría general y abstracta. Por el contrario, los Convenios y Tratados anteriores de protección internacional de las personas se preocupaban de proteger categorías de individuos a quienes se le concedía una especial protección, pero que revestía un carácter singular. Asimismo, el supuesto de la protección diplomática se basaba en el vínculo de la nacionalidad, que originaba el derecho del súbdito a ser defendido por su Estado nacional contra el Estado infractor.

Precisamente, las limitaciones e insuficiencias del sistema de la protección diplomática, hicieron prever la protección de determinados sujetos atendiendo a su calidad específica. Se trataba de proteger a refugiados, apátridas, funcionarios de organizaciones internacionales, periodistas que se hallan cumpliendo una misión particularmente peligrosa, etc.

El factor que determinaba el beneficiario de la protección es, habitualmente, la situación especialmente difícil y vulnerable de las personas necesitadas de auxilio y protección, ya sean los niños, la mujer, los esclavos o los trabajadores o minorías, a quienes se protege fundamentalmente contra cualquier trato discriminatorio y confiriéndoles derechos positivos (40).

(40) Mirkiné Guetzevitch, B.: "Quelques problèmes de la mise en oeuvre de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme" en R.C.A.D.I. Tome 83 (1953), Volume 83, pp. 255-376.
Corriente Córdoba, J.A.: "España y los Convenios internacionales de protección de los derechos humanos" en Anuario de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, III, pp. 129-172.

En las Resoluciones aprobadas por el Instituto de Derecho Internacional, en su 36 sesión, por la 12 Comisión, que elaboró la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, se consagraba el principio de la universalidad de los beneficiarios, que, como veremos, fué el espíritu que impregnó el artículo 1º del Convenio europeo (41).

El Instituto de Derecho Internacional proclamó, con carácter general, los derechos fundamentales del hombre, recomendando a los Estados la obligación de garantizarlos. Esta atribución de derechos fundamentales se refería a "todo individuo". En el elenco de derechos se incluía el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, etc..., (artículo 1). Esto quiere decir que los redactores preferían optar por la expresión más universal posible, de forma que comprendiese los derechos del hombre en general (42).

(41) Véase Salmon, J.J.A.: Ob. cit., en concreto el apartado B: "Qui est protégé? Détermination des personnes protégées. pp. 187-190 y respecto de las intervenciones de humanidad véase Pérez Vera E.: 'La Protection d'Humanité en Droit International', Ibidem, pp. 7-30.

(42) Es relevante el hecho que el Instituto condene la práctica de procedimientos indirectos susceptibles de impedir que la regla proclamada se efectúe en la práctica y que se afianzaba en el art. 6 que estipulaba: "Ningún Estado tendría el derecho de retirarse, salvo por motivos extraídos de su legislación general". Este artículo constituía la enmienda al segundo párrafo del anterior artículo en su redacción primitiva, propuesto por Hammarskjöld. Idea que como hemos apuntado y tendremos ocasión de analizar a lo largo de nuestro trabajo constituye la esencia del objetivo que inspira al Convenio: la protección eficaz del particular. En Annuaire de l'I.D.I., Nueva York, 1929, II, pp. 298-300.

La simple enumeración de los derechos invocables por cualquier persona, sin distinción de raza, nacionalidad, etc., nos da idea de la validez universal perseguida por el Instituto (43).

Libertad de credo y su manifestación, (art. 2), el libre uso de la lengua y del sistema de enseñanza (44), el trato igual para la admisión en los establecimientos públicos de enseñanza (derecho que se confiere únicamente a los naciona-

(43) El Instituto de Derecho Internacional proclama la atribución de los derechos a los particulares en el art. 1: "Es decir del Estado el reconocer a todo individuo el derecho legal a la vida, a la libertad, y a la propiedad y de otorgar a todos en su territorio la plena y completa protección de este derecho, sin distinción en razón de la nacionalidad, sexo, raza, lengua o religión". En este artículo frente a su primera redacción se incluyó la enmienda propuesta por Baron-Rolin - Jacquemyns, en la que se propuso la sustitución de la expresión de "todas las personas" por la de "todo individuo", así como a propuesta del relator Mandelstam que se adhirió a la enmienda presentada por Thomas Barclay quienes propusieron la inclusión de "sin distinción de nacionalidad" para otorgar una garantía suficiente, ya que no se trataba únicamente de determinar los derechos de los extranjeros, sino los derechos "del Hombre" en general. Ibidem pp. 298 y ss. Véase también, Publ. de la Cour Eur. des D.H. Série B. Vol. II, pp. 58-59.

(44) En el art. 2, se establecía nuevamente igual criterio en los siguientes términos: "Es deber del Estado el reconocer a todo individuo el derecho a la igualdad en el libre ejercicio público o privado, de cualquier fé, religión o creencia cuya práctica no fuese incompatible con el orden Público y las buenas costumbres". Annuaire de l'I.D.I., 1929, II, pp. 298-300.

les), (45). Los derechos se confieren, pues, sin discriminación alguna, y el disfrute afecta tanto a los derechos públicos como a los privados (46).

En la normativa del Convenio el concepto de beneficiarios establecido en el artículo 1 se complementa con el artículo 14, y se inspira claramente tanto en la Resolución del Instituto de Derecho Internacional como en el artículo 2 de la Declaración Universal de 1948, cuyo artículo 2 garantiza el principio de la igualdad y libertad de todos los seres humanos en el disfrute de sus derechos y libertades, sin discriminación alguna.

(45) En el artículo 3 disponía: "Es deber de todo Estado el reconocer a todo individuo el derecho igual al libre uso de la lengua de su elección y a la enseñanza de ésta". El término lengua de su elección fue adoptado para evitar cualquier equívoco y presenta una esencial importancia en determinados supuestos. Ibidem, pp. 298-300.

(46) Carjeu, P.M., Ob. cit. 1959, pp. 681-682.
 Schreiber, M.: "Reflexions sur la protection internationale des droits de l'homme au trentième anniversaire de la Declaration Universelle", en A.D.I., Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, 1977-1978, IV pp. 3-14.
 Cassin. R.: "La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits des l'homme" en R.C.A.D.I. 1951, II, pp. 249 y ss.
 Tchirkovitch, S.: "La Déclaration universelle des Droits de l'Homme et sa portée internationale", en R.G.D.I.P., 1949, pp. 376 y ss.
 Lleonart y Amselem, A.J.: "Derechos Humanos y Naciones Unidas, Nuevas Estructuras orgánicas" en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Vol. 5). Madrid 1979, pp. 295-310 y el texto véase Carrillo Salcedo, J.A. Ob. cit. pp. 91-97. En el texto del I.D.I. Bustamante propuso la sustitución de dicha expresión por la "lengua materna", a la que se opusieron Baron Rolin - Jacquemyns, Vallotton d'Erlach y Hammarskjöld, quienes señalaron que la expresión "lengua de su elección" tiene el carácter de un término técnico y además era adoptada en un sentido amplio.

El reconocimiento de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio afecta "a toda persona dependiente de su jurisdicción" (de los Estados Partes, naturalmente) (art. 1). El principio se reafirma en el artículo 14, que dispone:

"El goce de estos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

La prohibición de cualquier tipo de discriminación por los motivos enumerados, así como por la amplia gama de motivos enmarcables en "cualquier otra situación", (art. 14, in fine), hace posible que el principio de igualdad de todos ante la ley sea aplicado a un número de personas amplísimo, puesto que el artículo 1 del Convenio otorga el disfrute de los de rechos no en virtud de un criterio de nacionalidad de cualquier Estado Parte, como sucede con la protección diplomática, sino en virtud del criterio más general de la residencia o estable cimiento en un Estado-Parte. Por ello, los extranjeros gozan de una garantía precisa frente a la posible actuación de la po licia del Estado en cuya "jurisdicción" se encuentren.

No existe, por tanto, "ninguna limitación de carácter te rritorial", criterio que influenciaría asimismo la Convención Americana, en la que se obligan las partes.

"... a garantizar (los derechos) a todas las personas que están sujetas a su jurisdicción..." (47).

(47) El texto del artículo 2 de la Declaración Universal de

En cambio, en el marco del Pacto Internacional de las Naciones Unidas, relativo a los Derechos Civiles y Políticos, se restringe el ámbito personal de aplicación del Pacto mediante una limitación de carácter territorial:

"Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto..." (48).

.../...

1948 estipula: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía". En Carrillo Salcedo J.A.: Ob. cit. pág. 91-97, aquí pág. 92, Recueil des Textes, pp. 102, 106. En la Declaración del I.D.I. el artículo 4 estipulaba: "Ningún motivo basado directamente o indirectamente en la diferencia de sexo, raza, lengua o religión, no autoriza al Estado a rehusar a ningún nacional los derechos privados y los derechos públicos, especialmente la admisión a los establecimientos públicos de enseñanza y al ejercicio de diferentes actividades económicas profesionales e industriales. Se utilizaría el término "nacional" frente al de "individuo" ya que el primero sería siempre un término más restrictivo. Esta disposición cuya idea se recoge en el artículo 14 del Convenio por lo que se refiere a la prohibición de la discriminación principio que en la proclamación del Instituto se completaba en el artículo 5 que disponía "La igualdad prevista no deberá ser nominal sino efectiva. Excluye toda discriminación directa o indirecta".

(48) García de Enterría, E. y otros: "Sistema europeo de protección de derechos humanos". Madrid 1979, pág. 63.

Por consiguiente, para las personas beneficiarias del Convenio rige el principio de la universalidad de su aplicación (49).

La inclusión de este principio se debe a la aceptación de la idea de que los derechos humanos le pertenecen al hombre en virtud de su propia personalidad, en virtud de su naturaleza de ser humano, principio que obliga a que la protección no se limite restrictivamente en sus efectos a los súbditos ciudadanos de las Partes Contratantes, sino que su garantía se asegure a todas las personas que se encuentren bajo su dependencia o jurisdicción considerándose esta materia de orden público (50).

El Convenio contempla, por igual, a todas las personas, nacionales o no, extranjeros o apátridas, residentes en cualquier Estado signatario, con independencia del criterio tradicional de la nacionalidad, en el que se solía basar la idea de protección internacional del individuo.

El ámbito de aplicación del Convenio se extiende, de esa forma, considerablemente, en razón de la salvaguardia esencial de los derechos que al hombre por sí mismo, por su propia naturaleza y por su personal dignidad le corresponden, aunque el Estado no hubiera tenido establecidos en su Derecho interno esos derechos y libertades fundamentales (51).

(49) Robertson, A.H.: "Human Rights in Europe", Manchester 1977, pp. 33 y 249-250 y Truyol Serra, A.: Ob. cit. pág. 82.

(50) Robertson, A.H.: Ob. cit. pp. 249-250. Suy E.: "L'individu devant la Cour européenne des Droits de l'Homme" en "Internationales Colloquium über Menschenrechte", Berlin (3 Oktober 1966), Berlin 1968, pp. 111 y ss.

(51) Ganshof Van Der Meersch, W.J.: "Does the Convention have

Los Estados partes se obligan, en consecuencia, a respetar los derechos y libertades - definidos en el Título I del Convenio - "a toda persona dependiente de su jurisdicción". El texto definitivo del artículo 1 del Convenio amplía el ámbito de aplicación personal, prevista en un principio, porque la redacción inicial del texto en la Recomendación n° 38 adoptada por la Asamblea Consultiva (el 8 de Septiembre de 1949), mencionaba como posibles beneficiarios únicamente a "las personas que residían sobre el territorio" (52).

Es de observar, por tanto, que el ámbito del Convenio ofrece singularidades no usuales hasta ahora. La salvaguardia de los derechos y libertades se extienden, como queda dicho, a "todas las personas", a los hombres que se hallen sometidos a la jurisdicción de cualquier Estado Contratante. Este principio sobre los beneficiarios de los derechos y libertades es categórico. Ni la nacionalidad ni el estado civil de las personas sirven de excusa para el incumplimiento de los deberes de los Estados. Y sin discriminación de ningún género, raza, credo, etc...

Indudablemente, el C.E.D.H. fué concebido con un criterio progresivo e innovador. Su innovación pragmática principal ra-

.../..

the force of ordre public in municipal law? "Human Rights in National and International" Law 1968 pp. 97, 143.

(52) Ganshof Van Der Meersch, W.J.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public? En "Les droits de l'Homme en droit interne et en droit international sur la

.../..

dica en esa ampliación del ámbito de beneficiarios de los derechos proclamados por el Convenio, al margen de la posibilidad de extensión, también, del ámbito de su esfera geográfica (podría ser aplicada en otros territorios conforme al art. 63) (53).

Los Estados deseosos de una auténtica protección vislumbraron un sistema de aplicación mediante el compromiso esencial de asegurar los derechos y libertades en su ámbito espacial, y fuera del mismo siempre que ejerzan su autoridad sobre las personas y éstas se encuentren bajo su propia responsabilidad (54).

La Comisión deberá interpretar su competencia "ratione loci", con independencia del criterio tradicional del territorio nacional de las Partes en litigio y deberá atender a la noción de ejercicio de la autoridad estatal y de su consiguiente responsabilidad (55).

.../...

Convention Européenne des Droits de l'Homme. Actes du 2^e Colloque international sur la CEDH. (Viena 18-20 Octobre 1965). Bruselas 1968, pp. 155-251, véanse los debates sobre la ponencia. Ibidem. pp. 253-261.

(53) Véase Conseil de l'Europe. Assemblée Parlementaire. Séances VII, XI, 1949.

(54) Véase Recueil des Textes. cit. pp. 113-114.

(55) En el Asunto interestatal de Chipre contra Turquía n° 8007/77, La Comisión declaró: "In art. 1 of the Convention, the High Contracting Parties undertake to secure the rights and freedoms defined in Sec. 1 to everyone "within their jurisdiction" (in the French text: "relevant

.../...

En cuanto al ejercicio de la autoridad fuera del territorio nacional los actos litigiosos deberán, en cualquier caso, ser imputables al Estado demandado (56).

.../..

de leur juridiction"). It follows from the Commission's decision in the previous case that this term is not equivalent to or limited to "within the national territory" of the High Contracting Party concerned. It emerges from the language, in particular of the French text, and the object of this Article, and from the purpose of the Convention as a whole, that the High Contracting Parties are bound to secure the said rights and freedoms to all persons under their actual authority and responsibility, not only when that authority is exercised within their own territory but also when it is exercised abroad". En "Décisions et Rapports" 13, pp. 85 y ss. parr. 18-26. Véase asimismo Asunto n°6231/73 "Hess contra Gran Bretaña" en "Décisions et Rapports", 2, pp. 72-73. Asuntos n° 7289/75 y 7849/76 contra Suiza en "Décisions et Rapports", 9, pp. 57-76.

- (56) En las demandas n°6780/74 y 6950/75 en "Chipre contra Turquía", la Comisión tuvo la oportunidad de aclarar que su competencia "ratione loci" implicaba para los Estados la obligación de garantizar los derechos del Convenio a todas las personas bajo su jurisdicción no siendo suficiente la garantía limitada al territorio nacional del Estado en cuestión, siendo el Estado responsable a la luz del Convenio cuando ejerza sus competencias estatales en el extranjero. Invocó el espíritu del texto francés que consideró más explícito y tuvo en cuenta el objeto del artículo y del propio Convenio. Las personas, naves, fuerzas armadas, y agentes, incluso diplomáticos y consulares con independencia del lugar donde se encuentren, comprometen la responsabilidad estatal, por hallarse bajo la jurisdicción del Estado en cuestión y porque las personas y bienes sobre las que ejerzan su autoridad quedan también sometidos a la jurisdicción del Estado en cuestión. "Chipre contra Turquía" Asunto n°6780/74 y 6950/75. Véase en Ann. XVIII, pág. 83 y "Décisions et Rapports", 2, pp. 125, 136.

El artículo 1 del Convenio sigue, en esta materia, la misma línea que el artículo correspondiente de la Declaración Universal. Pero el Convenio europeo refuerza esta disposición en virtud del artículo 14, que prohíbe cualquier discriminación y, por consiguiente, el trato discriminatorio de la nacionalidad.

El principio de aplicación general a todas las categorías de beneficiarios, nacionales o extranjeros, se asienta sobre una base muy amplia (61). Este dato reviste una singular significación, porque su trascendencia práctica es enorme. Por eso, se ha afirmado que:

"The fact that the benefit of the Convention is not limited to nationals of the Contracting Parties has considerable practical importance, as may be seen from the applications which are filed" (62).

En la experiencia práctica de la aplicación en los años 1978, 1979 y 1980, las reclamaciones presentadas por extranjeros se cifraban conforme a los siguientes datos: en 1978,

(61) Ratificación del Convenio: Instrumento de ratificación del CEDH, en "B.O.E." de 10 de Octubre de 1979, n° 243, pp. 2356 y ss.
Declaración de España, relativa al art. 25 del CEDH, de 25 de Junio de 1981, publicada en "B.O.E." de 30 de Junio de 1981, n° 155, pág. 14928. Véase el texto en "Revista de Instituciones Europeas", vol. 8 n° 3, Septiembre-Diciembre 1981, pág. 995. Véase contenido declaración: Carrillo Salcedo, J.A.: "El Proyecto de Protocolo Adicional n° 6 al CEDH", en RIE, vol. 9, n° 1. Enero - Abril 1982, pág. 78.

(62) Bilan de la Convention Européenne des Droits de l'Homme". Com. Eur. D.H. Compte Rendu Annuel, 1980, pp. 37-38.

de un total de 335 reclamaciones presentadas ante la Comisión, 272 pertenecían a nacionales del Estado demandado, frente a 63 pertenecientes a recurrentes extranjeros (63).

En 1979, de un total de 378, 326 reclamaciones pertenecían a nacionales del Estado demandado, frente a 52 recurrentes extranjeros, y, en 1980, de un total de 390 demandas, el número de recurrentes extranjeros se elevó a 77, frente a los 313 recurrentes nacionales (64).

Estos datos nos muestran una prueba evidente de la efectividad del criterio superior y de la "nacionalidad", pues éste no surte efecto alguno ante la Comisión y "ofrece la peculiaridad de que el compromiso que en ella asumen las Partes Contratantes no se limita a sus propios nacionales"(65).

Por ello, el Convenio europeo es un Convenio de salvaguardia muy amplia de los derechos del hombre y de sus libertades fundamentales, al no depender del conocido criterio tradicional de la nacionalidad. La irrelevancia de la nacionalidad se demuestra por la aceptación de reclamaciones incluso

(63) Robertson, A.H.: Ob. cit. pp. 249-250 y Mikaelson, L., Ob. cit. pp. 73-87.

(64) Correspondían 100 a alemanes, 4 americanos, 26 austríacos, 15 belgas, 78 británicos, 2 canadienses, 1 danés, 3 franceses, 4 indios, 13 irlandeses, 18 italianos, 2 luxemburgueses, 12 holandeses, 1 nigeriano, 1 noruego, 7 pakistaníes, 1 portugués, 2 suecos, 22 suizos, 1 checoslovaco, 1 tunecino, 3 turcos, 2 yugoslavos, 2 del Zaire, 2 apátridas, 3 indeterminados, véase Commission Eur. D.H., Compte Rendu Annuel. 1980, pp.37-38.

(65) Ibidem. pág. 38. Truyol Serra, A.: Ob. cit. pág. 45.

en supuestos de ausencia de prueba. Porque, en la práctica de la Comisión, la nacionalidad se establece según la información que presenta el recurrente, y, en algunos casos, éste ni siquiera la hace constar, o carece, totalmente, de nacionalidad, como ocurre con los apátridas.

El análisis comparativo nos evidencia que no son los extranjeros los que presentan mayor número de reclamaciones, pero ello no quita valor al principio general, gracias al cual la posibilidad de aplicación personal del Convenio tiene un margen amplísimo.

Se aplica a nacionales procedentes de todos los continentes: americanos y canadienses, indios, pakistanies, zaireños, tunecinos y, dentro de la propia Europa, puede tratarse de recurrentes de nacionalidad perteneciente a cualquiera de las Repúblicas socialistas (checoslovacos, yugoslavos,) (66).

La gran amplitud personal de la aplicación redunda en una mejor y mayor protección del individuo particular. En este sentido, es realmente interesante subrayar que, incluso, el Tribunal de Luxemburgo se ha hecho eco de la aplicación al "particular europeo" de los principios humanitarios, extendiéndolos a todo el orden comunitario, por considerar que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y que el derecho comunitario debe necesariamente hacerse portador de dichos principios (67).

(66) La Commission Eur. D.H. Compte Rendu, cit. pp. 37-38.

(67) En la práctica de la Comisión se hace referencia a los derechos de los extranjeros como equivalente a los que ostentan los propios nacionales. "En el presente caso los

6. Las personas morales y el derecho de recurso individual.

Se ha debatido con viveza el problema de si el Convenio, al hablar de personas, se refiere únicamente a las personas físicas o se extiende, también, a las personas morales, y no ha faltado quien afirmase que las personas morales no están protegidas por el Convenio (68).

.../..

recurrentes no se hayan legitimados para invocar ante las jurisdicciones europeas derechos más amplios a los que podrían pretender los extranjeros". Com. Eur. Compte. Rendu. cit. pp. 37-38.

El profesor Carrillo Salcedo en el Coloquio Internacional sobre el Convenio Europeo de Derechos del Hombre que tuvo lugar en Madrid del 5 al 6 de Noviembre de 1979, en su ponencia "Ampliación del Ambito de Aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos" en su conclusión expone: "Las razones que aconsejan y justifican la ampliación del catálogo de derechos individuales fundamentales garantizados y protegidos en el marco del Consejo de Europa, añadiendo los de contenido económico, social y cultural a los derechos civiles y políticos, parecen en efecto claras: 1) mayor amplitud del catálogo de derechos enunciados y protegidos en el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos que de los consagrados en la Convención europea de derechos humanos; 2) Presión de los países en vías de desarrollo y de los países de etiqueta socialista, en especial a partir del Acta final de Helsinki; 3) clara conciencia, en los países Miembros del Consejo de Europa, de que la protección contra la arbitrariedad puede significar hoy, en determinadas circunstancias, algo distinto que lo que significaba en 1950". Véase pág. 17 de la mencionada ponencia.

- (68) VasaK, K.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", Paris, 1964, pp. 77 y ss.
 Rottola A.: "Il problema della Tutela dei Diritti Fondamentali nell'ambito dell'ordinamento Comunitario". En Riv. Dir. Eur. Anno XVIII, n° 2, Aprile, Giugno 1978, pp. 219-228.

.../..

Esta concepción restrictiva respecto a las personas morales debe ser descartada. La intención que inspiró a los redactores del Convenio (trabajos preparatorios), y el propio articulado del texto no dan base alguna para la tesis denegatoria.

Por el contrario, el artículo 25 del Convenio confiere, de modo explícito, el derecho de recurso individual y enumera los sujetos capacitados para presentar una demanda ante la Comisión: "por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares...". La limitación que el Convenio impone en el ejercicio de tal "derecho" es una condición distinta y necesaria: la de ser "víctima" de la violación, además de haber respetado los requisitos exigidos para la admisibilidad de las demandas, estipulados en los artículos 26 y 27 que analizamos más adelante (69).

La cuestión de las personas morales se esclarece, también, en sentido positivo, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero, que garantiza el derecho a la propie

.../...

Capotorti, F.: "Sull'eventuale adesione delle Comunità alla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo" Internaz. 63, 5-28, Fasc. I, 1980. En Riv. Dir. Int.
Victor, J.L.: "Droits de l'Homme et élargissement des Communautés Européennes", en: Revue des D.H., vol. V, n°4, 1973, pp. 675 ss.

- (69) Vasak, K.: en el trabajo citado razona en este sentido y combina para fundamentar su argumentación los textos del art. 1 del Protocolo Adicional I y el art. 25 del propio Convenio que se refiere no solo a las personas físicas si no a las organizaciones no gubernamentales. Véase el estudio "La Convention... eur... ob. cit." pp. 77 y ss.

dad de las "personas morales" (70). En los debates de los trabajos preparatorios se dió a entender que había que evitar una interpretación limitativa de los titulares de los derechos definidos, descartándose, a tal fin, el empleo del término "individuo", para no limitar el abanico de entes susceptibles de ser titulares. De ahí que el artículo 25 citado, confiera el derecho de recurso individual "a cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares" siempre y cuando concurra en ellos la calidad de víctima, factor que determina la posibilidad de poner en práctica el ejercicio de este derecho (71).

La noción de víctima tiene valor determinante no solo de la capacidad de legitimación activa ante la Comisión, sino también de su carácter fundamental a la hora de determinar las condiciones necesarias de la reparación, en virtud de la aplicación del artículo 50, que es objeto de examen ulterior. Esto se debe primordialmente a la premisa que consagra, como veremos, la equiparación de víctima a la condición de "partie lésée" o "injured party", o "parte lesionada", a la que confiere el derecho a la reparación en el artículo 50 (72).

(70) Recueil des Textes, pág. 108.

(71) Ibidem, pág. 117.

(72) Este tema lo analizaremos detalladamente al analizar las condiciones necesarias para ejercer el derecho de recurso individual, así como al estudiar las condiciones de aplicación del art. 50 que requieren necesariamente la condición de "partie lésée" sinónima como veremos a la noción de víctima a la que se refiere el art. 25 del Convenio. Véase Recueil des Textes. pp. 108, 112.

7. El ámbito espacial de la validez convencional.

El criterio progresivo del Convenio se manifiesta, a su vez, claramente, en el margen que se otorga a las Partes Contratantes de ampliar el ámbito espacial de aplicación. La estipulación precisa del Convenio sobre el ámbito de aplicación espacial no ofrece duda alguna. Su artículo 63 prescribe que cualquier Estado puede, en el momento de la ratificación o con posterioridad a la misma, declarar, en notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que "el presente Convenio se aplicará a todos los territorios o alguno de los territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable" (73).

La posibilidad de aplicación espacial es, también, objeto de regulación y ampliación por el párrafo 4º del artículo 63:

"Todo Estado que haya hecho una declaración de conformidad con el primer párrafo de este artículo, podrá, en cualquier momento sucesivo, declarar que acepta con respecto a uno o varios de los territorios en cuestión, la competencia de la Comisión pa-

(73) Robertson, A.H.: Ob. cit. pp. 32 y ss. y véase también Heraud, G.: "Les Droits garantis par la Convention" en "La Protection Internationale des Droits de l'Homme dans la Cadre européen". París 1960, respecto del campo de aplicación de los derechos garantizados "ratione personae" pp. 111-112.
En el asunto nº7289/75 y 7349/76 contra Suiza la Comisión aclarará que la responsabilidad del Estado queda comprometida cuando ejerce su autoridad, control sobre las personas y sus bienes aunque se encuentren fuera de su territorio en este caso deberán ser imputables al Estado en: *Annuaire...*, XX, pp. 372 y ss.

ra conocer de las demandas de personas físicas, de organizaciones no gubernamentales o de grupos de particulares conforme al artículo 25 del presente Convenio" (74).

La consecuencia de la ejecución de esta posibilidad se traduce en que la esfera de acción, o el ámbito del Convenio puede extenderse, a veces, más allá de las fronteras de los Estados signatarios, incluso fuera del territorio (por ejemplo, Groenlandia) (75). El sentido de "eficacia" es el que anima el Convenio. Persigue, ante todo, la salvaguardia efectiva de los derechos, lo que permite, ampliamente, la defensa del hombre contra la acción arbitraria, abusiva o ilícita de las autoridades estatales, esencialmente en la esfera de la libertad personal y de la dignidad humana. Su objetivo fundamental es lograr la protección efectiva.

(74) Robertson, A.H.: Ob. cit. pp. 249-250 y Mikaelson, L.: Ob. cit. pp. 93 y ss.

(75) Véase Recueil des Textes, pp. 113-114.
En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas se ha manifestado a favor de la protección de los derechos humanos en el contexto comunitario, el derecho comunitario debe respetar dichos principios porque se inspiran en la tradición constitucional común de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia afirmó en el asunto "Nold" que los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos pueden facilitar nuevas orientaciones que deberán tenerse en cuenta en el ámbito comunitario. Véase Parlement Européen. Rapp du C. Juridiques. Doc Rivieriez 390/75, pp. 13-15, L. Jozeau-Marigne 321/76, pág. 84, Rapports del Com. de Politiques Doc. 347/77.
"M. Scelba" y Asuntos "Stauder". (29/69 European Court) Reports, XV, pág. 419. Internationale Handelsgesellschaft" (11/70 European Court, Report XVI, pág. 1125) y "Nold" 4/73 - E CR, 1974, pp. 491 y ss.

La razón de la eficacia nos explica que los derechos contemplados por el Convenio, aún teniendo una esfera de acción menor que la de la declaración de la O.N.U., alcanzan una efectividad mayor, porque van acompañados de una serie de definiciones y obligaciones muy concretas y de un sistema sólido de garantías legales, cuyo estudio jurídico nos interesará en lo sucesivo. Ello nos demuestra que la trascendencia de su aplicación desborda los límites tradicionales en el momento de su ejecución, tema que se refiere a la "cláusula colonial" debatida en la elaboración del texto convencional (76).

B. Los Organos tutelares de la efectividad jurídica de la protección y el equilibrio de poderes.

El objetivo del Convenio de lograr una más eficaz protección de los derechos humanos lleva consigo la instauración de un sistema específico de control y observancia forzosa de los deberes contraídos por los Estados Partes.

En el plano internacional parecen necesarios los órganos de promoción y de protección. La Comisión y el Tribunal europeo de los Derechos del Hombre son, por excelencia, los órganos de protección. Su acción ha tenido que ser rápidamente completada mediante la intervención de otro órgano de fomento y desarrollo del Convenio, a saber, el Comité de Expertos del Consejo de Europa, en materia de los Derechos del Hombre, que de órgano "ad hoc" se ha convertido progresivamente en un órgano permanente.

(76) Véase Recueil des Textes, pág. 114.

Hemos señalado que una de las características principales e innovadoras del Convenio radica en el sistema de protección establecido, en la instauración de instancias y órganos encargados de la salvaguardia, vigilancia y comprobación de la efectividad, de la aplicación positiva de los Derechos y libertades que todo hombre está facultado para demandar a cualquiera de los Estados signatarios (77).

1. Los órganos de protección y promoción.

El sistema consta de tres órganos básicos: El Tribunal y la Comisión europeos de derechos humanos y el Comité de Ministros. Sobre este punto esencial desarrollamos más adelante, singularmente, el contenido y alcance de los artículos 19, 32, 54, 57, 62 y 66 del Convenio, así como la práctica jurisprudencial del Tribunal y los Informes y Resoluciones de la Comisión y del Comité de Ministros (78).

El sistema de protección fue objeto de diversas propuestas a la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, (Informe de Pierre Henri Teitgen). Se aprobó el sistema de garantías de protección de los derechos humanos, especialmente mediante un Control Jurisdiccional.

(77) Recueil des Textes, pág. 112.

(78) Esto significa a "new landmark in the development of the Status of the individual in International Law". Así lo manifestó Waldock C.H.M.: "The European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms" en British Yearbook of International Law 34 (1958) pág. 356. Véase asimismo su intervención en "Cinquième anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention". Conseil de l'Europe pp. 19-20.

En este sistema, "la decisión pertenece, en último término, a una jurisdicción que, recibida la demanda, la instruye conforme a las reglas de Derecho y procedimiento judicial y da una solución por medio de una sentencia (79).

El Convenio se preocupa de la instauración de los órganos específicos para la protección de los derechos humanos, (art. 19):

"Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resulten para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio, se instituyen:

- a) Una Comisión Europea de Derechos Humanos.
- b) Un Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

Existen, además, otros dos órganos operativos, que son: El Comité de Ministros y el Secretario General del Consejo de Europa, que realiza las funciones especiales que le son conferidas por el artículo 57 (80). Su doble calidad como órgano de control y órgano político del Consejo se regula en el artículo 61:

"Ninguna de las disposiciones del presente Convenio prejuzgará los poderes conferidos al Comité de

(79) Díez de Velasco Vallejo, M.: *Op. cit.* pp. 585-663.

(80) De conformidad con lo establecido en el artículo 63, párrafo primero, véase *Recueil des Textes*, pp. 106-107, 109, 112-114.

Ministros por el Estatuto del Consejo de Europa"
(81).

En el fomento, promoción y desarrollo progresivo de los Derechos Humanos en el ámbito europeo interviene, a su vez, el Comité Director y el Comité de Expertos de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

-
- (81) Véanse las brillantes intervenciones de Pierre Henri Teitgen, dirigente del Movimiento Republicano Popular Francés y que fue Ministro de Justicia. En *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. II, La Haya 1975, pp. 33-35, 37, 125-127, 171-181, 183, 187, 207, 211, 213-215, 217, 231-237. En cuanto a las propuestas de enmiendas a su Informe véanse: Pernot, "Amendements proposés au rapport Teitgen", *Ibidem* pp. 9, 225-227, Rolin, "Amendements Proposés au rapport Teitgen", *Ibidem*, pp. 3, 7, 9, 15, 23, 145-157, 181-183, 185, 209-211, 213, 215, 223 y Sundt "Amendement présenté au rapport Teitgen", *Ibidem*, pág. 111. Por último véase Smitt-Ingebretsen, "Proposition tendant au renvoi de certains articles du rapport Teitgen à la Commission des questions juridiques. *Ibidem*, pág. 5. Véase Doc. 3618 de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe. La Asamblea se congratula de la iniciativa emprendida por el Secretario General, por segunda vez en 1970, en virtud del art. 57 del Convenio y respecto de los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio europeo de Derechos Humanos, e insta al Secretario General para que prosiga su labor en dicha orientación. Véase Doc. 3618, pp. 12-13.
- Modinos, P.: "Les pouvoirs de décision conférés au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe par l'article 32 de la Convention européenne des droits de l'homme" en, *Mélanges H. Rolin*, Paris 1964, pp. 196 a 216.
- Ronzitti, N.: "L'accettazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e delle sue clausule facoltative da parte dei Stati membri del Consiglio d'Europa", en: *Rivista di Diritto Internazionale*, 1967, n° 2, pp. 356-366. Véase "Les Clauses Facultatives de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", Bari, 1974.

Es de observar un hecho especial en el engranaje de los órganos de protección: la dificultad o imposibilidad de que solo uno de los órganos pueda tomar resoluciones obligatorias para los Estados de modo aislado y por su propia cuenta, y desatendiendo la actitud de los otros órganos institucionales. Parece manifiesto que, al tomar decisión cualquiera de los órganos tiene que contar, al menos, con uno de los otros dos. Excepcionalmente, el Convenio introduce tan solo una oportunidad de decisión única: la que corresponde a la Comisión en materia de admisibilidad de las solicitudes y reclamaciones, que, a partir del momento en que son admitidas, se convierten en auténticas demandas.

El hecho especial señalado recuerda el principio democrático del equilibrio necesario en el ejercicio del Poder del Estado (Montesquieu). Es materia que merecerá atención singular, porque no existe paralelismo alguno con otras instancias de decisión internacional o nacional de carácter judicial. Su mejor esclarecimiento nos llevará a estudiar ciertos aspectos del proceso y los documentos que reflejan las deliberaciones previas a la redacción definitiva del Convenio.

Es importante advertir que los órganos creados por el Convenio son, en cambio, funcionalmente independientes del Consejo de Europa. Aunque creemos que este criterio tiene buena base en el Convenio, más adelante señalamos los vínculos esencialmente administrativos o financieros que tienden un puente entre dichos órganos y el Consejo. Desde luego, si se toma en cuenta el artículo 58, resulta manifiesto que "los gastos" de la Comisión y del Tribunal corren a cargo del Consejo de Europa.

El Consejo es competente, a su vez, e interviene, en la designación de los miembros de la Comisión y de los jueces del

Tribunal, así como la Secretaría General actúa de depositaria de los Instrumentos de ratificación y de las Declaraciones y notificaciones concernientes al Convenio (82).

De ahí que creamos necesario examinar la relación práctica existente entre el Comité de Ministros, el Tribunal y la Comisión, y las atribuciones y funciones específicas de cada órgano que solo pueden encontrar una explicación lógica desde la perspectiva transaccional concertada por los Estados Partes, y que afecta no solo al carácter facultativo de la competencia de la Comisión en lo que se refiere a las demandas individuales, sino también a su poder exclusivo de decisión en materia de admisibilidad. Y, por lo que respecta al Tribunal, la aceptación de su jurisdicción es facultativa. En los supuestos en que el Tribunal no sea llamado a conocer de un asunto, se hará necesaria la intervención del Comité de Ministros para la resolución del litigio.

La práctica actual oscila entre la jurisdicción optativa del Tribunal y la decisión definitiva del Comité de Ministros. El Comité es competente:

1. Cuando el asunto no puede ser sometido al Tribunal, porque los Estados no hayan reconocido su competencia.
2. Cuando el asunto no es transferido al Tribunal, aunque su competencia haya sido reconocida por los Estados (83).

(82) Recueil des Textes, pág. 113.

(83) Ibidem, pág. 113.

Esta orientación facultativa del sistema fue objeto de arduos debates a lo largo de la elaboración del Convenio, de modo que el propio Teitgen declaró:

"En este sentido, los gobiernos podrán aceptar el Convenio, comprometerse a respetar el elenco de libertades enumeradas en el Convenio, pero, al mismo tiempo, declarar que no reconocen ni a la Comisión ni al Tribunal el derecho de controlar la forma en que aplican el Convenio. Aceptarán el Convenio sin aceptar los controles por ella establecidos" (84).

Ante el temor del fracaso en la adopción del texto y ante las dificultades surgidas se llegó finalmente a la solución en favor del carácter facultativo del Tribunal, siendo la única forma viable para obtener la adhesión por parte de ciertos gobiernos. A pesar de no compartir esta solución, hombres como Teitgen comprendían la postura del Estado soberano, que no renuncia con facilidad a su soberanía ante otro Estado o ante la mayoría de los Estados soberanos (85).

(84) Ibidem. pág. 109.

(85) Véase la alocución de Teitgen a la Asamblea Parlamentaria de 19 de agosto de 1949, en *Recueil des Travaux Préparatoires*. Vol. II, Capítulo VI, pp. 33-35, 37, 125-127, 171-181, 183-187, 207, 211, 213-215, 217, 231-237. *Assemblée Consultative y Comptes Rendus des Débats*, tomo II, 1949, pág. 409. *Recueil des Travaux Préparatoires*. Vol. II. Véase *Deuxième session du Comité des Ministres 3-5 Novembre 1949*, session de la Commission Permanente de l'Assemblée Consultative (7-9 Novembre 1949). Convocation du Comité d'experts (18 Novembre 1949), Capítulos VI-IX. Véase J. Velu: "Le bilan politique de la Convention européenne des Droits de l'Homme" en *Cahiers de Droit Européen*, 1965,

.../...

En su opinión hay tres vías posibles para la realización de los objetivos del Consejo: 1) el establecimiento de una ideología común defendida por una autoridad política europea. 2) A esta compete organizar la salvaguardia colectiva de la ideología común. 3) Sólo podrá ser realidad mediante una limitación de la soberanía". Ob. cit. pp. 99-124. Véase asimismo Golsong, H. "These three organs together form the complete system of international control set up by the convention. Their respective powers are synchronisect insuch a way that in principles is impossible for one organ to take decisions binding upun the states except in conjunction with at leart one of the other two (with the exception of decisions of the commission with ragard to the admisibility of the application)". En ob. cit. pág. 63.

II. LA PROTECCION INDIVIDUAL EN EL PROCESO DE LA ELABORACION DEL CONVENIO.

A) PRECEDENTES NORMATIVOS INMEDIATOS DEL CONVENIO.

El Comité internacional para la coordinación de los Movimientos europeos se reunió del 8 al 10 de Mayo de 1948 en La Haya. El resultado de esta sesión fue el conocido Mensaje a los europeos que reflejaba el común deseo de los 713 Delegados de elaborar una Carta de Derechos Humanos que habría de ser aprobada por la Federación de Estados democráticos. La Carta tenía que proteger los Derechos a la libertad de expresión, de reunión y a fundar una libre oposición en el seno de la organización política (1).

-
- (1) Aun sein de la Commission juridique du Mouvement européen, nous avons, a quelques - uns - oh! tres discrettement et tres officieusement - préparé un avant-projet de convention internationale, dont le but est, en toute simplicité, d'éclairer le débat et de faciliter la présentation de cette convention. Nous nous permettons de joindre, a titre très indicatif, ce modeste travail à la proposition de cette résolution dont nous avons saisi l'Assemblée. Je répète qu'il n'a d'autre but que de faciliter la tâche de la Commission.

Mais, au terme de ce travail, nous avons constaté, comme l'ont constaté d'éminents juristes qui siègent actuellement dans notre Assemblée, qu'il n'y avait vraiment pas de difficultés insurmontables. D'autres techniciens, au cours du débat, examineront plus en détail notre proposition et la discuteront sur le plan technique. Je ne voudrais pas retenir trop longtemps l'attention de l'Assemblée. Je me contenterai de dire qu'en la matière il n'y a, ni du côté de la procédure, ni du droit, d'obstacles insurmontables. Il y a des difficultés que l'on pourra franchir résolument si l'on veut vraiment organiser la protection collective des droits et des libertés humaines. El proyecto de Convenio figura en el Anexo no figuraba en cambio en la versión confidencial de los trabajos preparatorios. Véase, Rec. Trav. Prep. vol. I, pp. 49 y ss. y 297 y ss.

Las ideas fundamentales que inspiraron el proyecto fueron, sin duda, el mantenimiento de los regímenes democráticos y la protección de los derechos humanos. Para ello, se creyó necesario que, junto al órgano de carácter representativo que se constituiría en la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, sería necesario crear un Tribunal de Justicia que se encargase de velar por la garantía de los derechos (2).

.../...

Asimismo véase Annuaire... vol. 1, pp. 93 y ss.

En Mayo de 1948 fue el Congreso de Europa, que había sido convocado por el "Comité Internacional de coordinación de los movimientos europeos" quien reclama la elaboración de la "Carta de los Derechos del Hombre" y la creación de un órgano que garantizará su aplicación. "Tribunal de Justicia capaz de aplicar las sanciones necesarias para que sea respetada la Carta".

- (2) En cuanto a la creación de un Tribunal, véase Recueil des Travaux Préparatoires, vol. IV, pág. 213, 227, 283, Ibidem. pág. 213, Tribunal como instancia facultativa, Competencia del Tribunal pág. 213. Presentación. Instancias ante el Tribunal, pág. 45.

En cuanto a la creación de un sistema jurisdiccional en dos etapas. Véase, Rec. Trac. Prep. vol. 1, pág. 285.

Teitgen señaló: "Et parce qu'elle seranée, cette Cour de Justice de l'Europe, sous le signe de la liberté et de la nécessité absolue de garantir les droits fondamentaux de la personne humaine et de tenir fermement les promesses du Statut, parce que les Etats acceptèrent par avance que soient sanctionnées ces promesses, no par des simples recommandations parues dans les journaux, mais par des arrêts de Justice, qui ont devant la conscience de l'opinion publique, l'autorité de un Tribunal et d'une Cour, parce qu'elle sera née sous ce signe, la Cour de Justice européenne ne emmènera l'Europe sur les chemins de la justice".

En octubre de 1953, se celebró bajo los auspicios del Consejo de Europa, una Mesa Redonda de Europa, que se dedicó al problema espiritual y cultural de Europa, así como la problemática de su unidad histórica y los medios de manifestar la unidad en términos contemporáneos.

.../...

A raíz del Congreso de La Haya, el Comité internacional de los Movimientos europeos encomendó a su sección jurídica la tarea de llevar a feliz término este propósito. La Comisión jurídica se encargó de estudiar y elaborar la Carta de Derechos Humanos, que estableció los "standards mínimos" de derechos y libertades exigibles a cualquier Estado que deseara reputarse como democrático. Estudió, también, la posibilidad de crear una jurisdicción internacional encargada de velar el respeto de los derechos proclamados en la Carta.

1. El Proyecto del Convenio.

El primer Proyecto del actual Convenio europeo de dere-

.../...

Schuman, R., analiza la Conferencia en su artículo "L'Europe est une Communauté Spirituelle et culturelle" en *Annuaire Européen*, La Haya, 1955, vol. 1, pp. 17-24. L'Europe aura à se défendre et à défendre le monde entier contre l'envahissement du totalitarisme et du matérialisme qui dépouillent l'homme de sa personnalité... L'Unité des conceptions fondamentales se concilie avec la pluralité des traditions et des convictions, avec la responsabilité des choix personnels. L'Europe contemporaine devra être faite de cette coexistence qui ne soit pas un simple agglomérat des nations rivales, périodiquement hostiles, mais une communauté d'action librement concertée et organisée. En Ob. cit. en concreto pági 19. Véase Ibidem. Van Kleffens, E.N.: "Unity and Diversity in Western Europe" pp. 3-16, en concreto factors of unity pp. 5-11. Véase Marchal, L.: "Le Conseil de l'Europe". Ibidem. pp. 25-57. Véase "Droits de l'homme et libertés fondamentales" en concreto pp. 49-51.

chos humanos fue elaborado por la Comisión que lo sometió al examen del Comité de Ministros - 12 de Julio de 1949 -, con el fin de obtener, posteriormente, la aprobación de todos los países que habían de integrar el Consejo de Europa.

Superada la oposición inglesa a la creación de una Asamblea Parlamentaria, diez Estados firmaron el Estatuto del Consejo de Europa el 5 de Mayo de 1949. El preámbulo y varios artículos del Estatuto hacían referencia expresa a la necesidad de que los Estados - Partes respetasen los derechos humanos: (3).

-
- (3) El 5 de Mayo de 1949, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Gran Bretaña y Suecia, firmaron en Londres el Estatuto del Consejo de Europa. En materia de Derechos Humanos hace referencia el Preámbulo y los arts. 1, 3, 4, 5 y 8 del mismo. Véase *Annuaire Européen*, cit. pp. 275-276. En cuanto al primer Anteproyecto del Convenio fue elaborado por la Comisión Jurídica del Movimiento europeo. Véase Doc. CM/WP 1 (50) 14. A, 932 en *Recueil des Travaux Préparatoires* vol. 3, pp. 313, 325 y ss. "Tous nos pays sont exposés à connaître un jour la dure contrainte de la raison d'Etat. Alors, notre système de garantie nous mettrait peut-être à l'abri de ce péril-là. J'ajouterai, en mon nom personnel, qu'il nous mettrait peut-être aussi à l'abri d'une renaissance des totalitarismes, des fascismes et des nazismes. Si certains d'entre nous posent quelque fois certaines questions, ce n'est le fait ni de la haine, ni du reproche, vis-à-vis des malheureux peuples de ces pays, mais d'une inquiétude. Nous nous demandons s'ils sont bien sûrs d'être eux mêmes suffisamment armés pur pouvoir un jour, si le malheur fondait à nouveau sur nous, résister. Un honnête homme ne devient pas un bandit en vingt-quatre heures. Quand un homme commet subitement une très mauvaise action, il y a longtemps qu'il était gangrené par le mal. En pensée ou en conscience, il s'était laissé aller à la tentation il s'était familiarisé avec cette faute qu'il allait commettre. Il descendait lentement les marches de l'escalier. Un jour, le mal l'a emporté et il est devenu une canaille. Les démocrates ne deviennent pas en un jour des pays nazis. Le mal progresse sournoisement; une minorité agissan

"Reafirmando su devoción a los valores espirituales y morales que son la herencia común de sus pueblos y el verdadero origen de la libertad individual, libertad política y la primacía del derecho, que constituyen las bases de una auténtica democracia" (4).

.../...

te, comme l'on dit, s'empare des leviers de commande. Une à une, les libertés sont supprimées, secteur par secteur. L'opinion publique, la conscience universelle, la conscience nationale sont asphyxiées. Puis, quand tout est en place, on installe le Führer et cette évolution va jusqu'à un four crématoire. Il faut intervenir avant qu'il ne soit trop tard. Il faut qu'existe une conscience quelque part, qui sonne l'alerte pour les opinions nationales menacées de cette gangrène progressive, leur montre le péril et leur signale qu'ils s'engagent sur une route qui va très loin, parfois jusqu'à Buchenwald ou Dachau. Une juridiction internationale au sein du Conseil de l'Europe, un système de contrôle et de garantie, ce pourrait être cette conscience dont nous avons tous besoin, dont d'autres pays ont peut-être spécialement besoin".

Ce qu'elle nous donnerait aussi, cette garantie internationale européenne, c'est une protection contre tous les retours offensifs toujours possibles de la raison d'Etat. Beaucoup de nos collègues ont fait remarquer: mais nos pays sont démocratiques, ils sont profondément imprégnés du sens de la liberté; ils croient à une morale et au droit naturel; nous sommes à l'abri de la tentation et de l'épreuve; pourquoi alors bâtir ce système? Véase Assemblée Consultative, 1^{re} Session, Rec. Trav. Prep. Vol. I, pag. 293.

- (4) Preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa. Esta preocupación por la democracia motivó que en la Conferencia de Altos Funcionarios celebrada del 8 al 17 de junio de 1950 se planteara en el art. 3, Título I, variantes A, A/2 del Proyecto del Convenio elaborado por los expertos, se debatió la propuesta de incluir en el Convenio una

.../...

Esta declaración fué reforzada por la exigencia de la cualidad democrática como requisito sine qua non para el in-

.../..

disposición a fin de garantizar la protección de las "instituciones democráticas" que fue rechazada por los siguientes Estados: Dinamarca, Grecia, Noruega, Países Bajos, Gran Bretaña y Suecia. Véase Recueil Trav. Prep. vol. IV, pág. 253.

En cuanto a las eventuales restricciones de los derechos se aceptarían aquellas que fuesen razonables en una sociedad democrática. Así en el disfrute del derecho a la libertad de manifestación de sus creencias, a la libertad de expresión y la libertad de asociación se autorizó que los Estados impusieran determinadas restricciones: "La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Tout individu a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

.../..

greso como miembro de pleno derecho en el Consejo (5). El 13 de Agosto de 1949, la Asamblea Consultiva propuso al Comité de Ministros la inclusión en el orden del día de su futura reunión plenaria la cuestión relativa a la protección de los derechos humanos (6).

.../...

L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat". Véase Cinquième Session du Comité des Ministres, en Rec. Trav. Prep. vol. V, pp. 83 129, 153 y en concreto pág. 83.

- (5) Estipulada en el artículo 3 del Estatuto que prescribe: "Cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero". En, *Annuaire Européen* vol. 1, pág. 275. En la elaboración se afirmó: "D'autres pays viendront se joindre à nous, les portes sont largement ouvertes et nous sommes tout prêts à les accueillir" en *Recueil Trav. Préparatoires* vol. 1, pág. 293.
- (6) La Asamblea Consultiva debía entonces someter a la aprobación del Comité de Ministros las cuestiones que se incluirían en el orden del día de su primera sesión. Véase *Première session de l'Assemblée Consultative tenue à Stras*

.../...

El deseo de la Asamblea no obtuvo, inicialmente, acogida favorable en el órgano político del Consejo. El Comité se negaba a inscribir la citada cuestión en el orden del día de la Asamblea, lo cual implicó un cierto retraso en sus proyectos, porque dicha aprobación era requisito previo para los debates de la Asamblea. Esta actitud negativa del Comité de Ministros fué duramente criticada, a pesar de haberse justifica-

.../...

bourg du 10 Août au 8 Septembre 1949, Troisième et Quatrième séances tenues les 12 et 13 Août 1949. 1. Troisième séance tenue le 12 Août 1949. Propositions tendant à l'inscription d'autres questions à l'ordre du jour de la session. Véase Compte Rendu de la séance, en Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 15-17. Quatrième séance tenue le 15 Août 1949. Rapport du Bureau sur les propositions tendant à l'inscription de certains questions à l'ordre du jour de la session. Propositions tendant à l'inscription d'autres questions à l'ordre du jour de la session. En Ibidem pp. 19-21. Véase Ordres du jour et procès-verbaux, Assemblée Consultative; 1ère session, 4ème séance; Annexe II à l'ordre du jour pp. 26-29. Compte rendu de la séance en Comptes rendus Assemblée Consultative; 1ère session, Tome I, 4ème Séance, pp. 106-107. Y la "Lettre adressée le 13 Août 1949, par le Greffier de l'Assemblée Consultative au Président du Comité des Ministres; Annexe n° 6. (Doc. de la Première session du Comité de Ministres, annexe n° 6, pp. 70-71). Las propuestas relativas a los derechos humanos eran las siguientes:
Mesures à prendre en vue de l'accomplissement du but déclaré du Conseil de l'Europe, conformément à l'article premier du Statut pour le maintien et le progrès ultérieur du Statut pour le maintien et le progrès ultérieur des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Définition, sauvegarde et développement des droits fondamentales de l'homme. Véase Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 3-30. En cuanto al orden del día definitivo véase: Ordres du jour et procès-verbaux de l'Assemblée Consultative, première session, Annexe III au procès verbal de la séance du 16 Août 1949, pag. 39.

do en aras de evitar una duplicación o solapamiento de esfuerzos en el ámbito universal y regional (7).

El Comité de Ministros era partidario de aplazar el examen de la cuestión hasta que se concluyesen los trabajos de elaboración de los Pactos Internacionales en el ámbito de Naciones Unidas. Opinión difícilmente aceptable y que, afortunadamente, no fué observada, puesto que los Pactos internacionales supusieron una ardua y lenta elaboración, y hasta 17 años más tarde no se llegó a su aprobación (8).

(7) Se expresó la opinión, en la primera sesión de la Asamblea Consultiva, que el Consejo de Europa no se ocupase de este tema por considerarlo excesivamente teórico. En cambio la Comisión entendió que la eventual adhesión de los Estados europeos, a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de Diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, favorecería sin duda a la propia unión europea y porque algunos Estados europeos todavía no eran Partes de la O.N.U. Véase 20^{ème} séance tenue le 7 Juillet 1949. Nouveau projet d'ordre du jour de l'Assemblée Consultative (Doc. SE/50 du 7 Juillet 1949 annexé au Doc. CP/20 du 7 Juillet 1949), pág. 2 y el Compte rendu de la séance: Doc. CP/20 du 7 Juillet 1949, point. I, pág. 1 y Rapport de la Commission Préparatoire adopté lors de la 25^{ème} séance tenue le 13 Juillet 1949. Doc sans références du 13 Juillet 1949, Commentaire sur le projet d'ordre du jour de l'Assemblée Consultative pág. 17. Texte du projet d'ordre du jour de l'Assemblée Consultative. Annexe IV, pág. 67 y Rec. Trav. Prep. vol. 1. pp. 5-7.

(8) En consecuencia, la Asamblea tuvo la oportunidad de analizar la cuestión después de la aprobación por el Comité, el 16 de Agosto de 1949, para incluir el tema en el orden del día de la Asamblea. Véase Première Session de l'Assemblée Consultative tenue a Strasbourg du 10 Août au 8 Septembre 1949 séances tenues du 16 Août au 8 Septembre 1949. Cinquième séance tenue le 16 Août ordre du

Acordada la aprobación por el Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria debatió el tema y remitió el texto concertado a su órgano asesor, la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Administrativas, para que lo analizara y redactase sus objeciones y consideraciones (9).

.../..

jour définitif de la session 1949, adopté lors de la séance. Ordres du jour et procès-verbaux de l'Assemblée Consultative, première session; Annexe III au procès verbal de la séance du 16 Août 1949, pag. 39. Compte Rendu de la séance en Compte rendu Assemblée Consultative; première session; Tome I, 5^{ème} séance, pp. 125-129, 152-153 y 202-205 y Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 29-31.

- (9) Compte rendu de la cinquième séance tenue le 16 Août 1949, Compte rendu de la sixième séance tenue le 17 Août 1949, Compte rendu de la huitième séance tenue le 19 Août 1949. Véase Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 29-30, 31-36 y 37-39 respectivamente. Proposition de Résolution présentée par Teitgen, Sir David Maxwell Fyfe y colegas, Ibidem, pp. 37-155.
En cuanto a la Comisión de Cuestiones Jurídicas y administrativas, véase: "Séances de la Commission des questions juridiques et administratives tenues du 22 Août 1949 au 5 Septembre 1949", Doc. A 9, Doc. A 45, Doc. A 84, Doc. n° 107, Doc. A 116, Doc. A 167, Doc. n° 184, Doc. A. 199, Doc. A 203, Doc. A 259, Doc. A 309, Doc. A 290, en, Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 155-193, 194-216.

La Comisión de Cuestiones Jurídicas estaba compuesta por Sir David Maxwell - Fyfe, Presidente, Azara, Vice-presidente, Akan, Antonopoulos (Orfanidis suplente), Balta, Bastid Callies, Van Cauwelaert (De la Vallée-Poussin, suplente), Layton, MacEntee, Druins-Slot, Pernot (Ehm suplente), Persico (Bergman, suplente), Rolin (Fayat, suplente), Ruini (Marconici, suplente), Schmal, Sundt, Teitgen, Ungood - Thomas, Wolter. Véase Doc. n° 3, proposition de résolution números 80 à 86, 88 à 95, 97 à 99, 103 à 106, amendements et comptes rendus n° 17 y 18.

El anteproyecto en cuestión había sido redactado por Pierre Henri Teitgen, David Maxwell Fyfe y Fernand Dehousse, (10). La Asamblea examinó y aprobó el llamado Informe n° 77, Teitgen, con la recomendación 38 que expresaba la necesidad de concluir un Convenio europeo de Derechos Humanos (11).

(10) Projet de rapport préparé par P.H. Teitgen, véase Doc. A. 290 en Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 193-213. En el que figuraban las opiniones mayoritarias respecto del sistema de garantía.

(11) Doc. 77 de l'Assemblée Consultative, première session 15 séance, 5 Septembre 1949, pp. 197-209. Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 217-235. Propositions d'amendements au rapport de la Commission des questions juridiques et administratives. Proposition de Rolin, Sundt, Edberg y Elmgren, Doc. n° 77, rapport compte rendu n° 18 en Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 239-241.

Se refería al sistema de elección de los miembros de la Comisión, que deberían ser elegidos por mayoría de 2/3 de la Asamblea Consultativa del Consejo de Europa en base a una lista de 3 candidatos presentados por los gobiernos de los Estados Miembros, limitándose a un miembro por nacionalidad. Sustituía esta enmienda los arts. 9 y 10 del Proyecto que preveían la elección por el Comité de Ministros y por la Asamblea Consultativa conjuntamente, y exigía además el art. 10 que mediase una mayoría absoluta de ambos órganos. Véase Rec. Trav. Prep. vol. 1, Título III, pág. 233 y la enmienda Ibidem. pp. 239-241. Justificaban la enmienda en los siguientes términos:

"La double election inspirée du Statut de la Cour Internationale de Justice a été imaginée dans le seul but d'assurer pratiquement les Etats Membres permanents du Conseil de Sécurité de compter un ressortissant parmi les Juges de la Cour. Il ne répond ici à aucune nécessité" Ibidem. pp. 239-241, otras enmiendas fueron la Proposition de Rolin, Sundt y Wolter, Doc. n° 77, Rapport, n° 80, amendement et compte rendu n° 18, Doc. n° 77, Rapport, n° 80 à 82, amendements y compte rendu n° 18 (Proposition de Rolin, Edberg, Sundt y Elmgren).

El Comité de Ministros, encargado de ejecutar esta decisión de la Asamblea, encomendó a un Comité de Expertos gubernamentales la tarea de preparar un Anteproyecto de Convenio. Los expertos juristas elevaron el Informe al Comité de Ministros el 31 de Marzo de 1949 (12).

.../...

Proposition de Rolin y Ungoed - Thomas, Doc. n° 77, rapport, n° 80 à 83, amendements y compte rendu n° 18.
 Proposition de Pernot, Doc. n° 77, rapport n° 80 à 84 amendements y compte rendu n° 18.
 Proposition de Philip, Doc. n° 77 rapport, n° 80 à 85 amendements y compte rendu. n° 18.
 Proposition de Rolin, Ungoed-Thomas; Doc. n° 77, rapport, n° 80 y 81 amendements y compte rendu n° 18.
 Proposition de Menthon, Doc. n° 77, rapport, 80 à 86, 88, amendements et compte rendu n° 18.
 Proposition de Lord Layton Doc. n° 77, rapport 80 à 86, 88 à 92, amendements y compte rendu n° 18.
 En Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 243-257.

- (12) El 5 de Noviembre de 1949, el Comité de Expertos gubernamentales en materia jurídica fué llamado a preparar el Anteproyecto, que examinó en Febrero y Marzo de 1949. Véase Rec. Trav. Prep. vol. 2, pp. 299-305. Procès verbal de la séance. du 5 Novembre 1949. Doc. Comité des Ministres, 2 session, point f, pp. 14-15, Compte rendu de la séance. Doc. Comité des Ministres, 2 session, point f, pp. 70-75.
 Lettre adressée par Gustave Rasmussen président du Comité des Ministres a Paul Henri Spaak, Président de l'Assemblée Consultative, le 5 Novembre 1949. Doc. Comité des Ministres, 2 session, annexe 3, pp. 104-105 y Doc. n° 116 & 6, Assemblée Consultative, 1ère session pág. 288. Doc. AS/CP/PV (49) 11/5; n° A 514 & 7, pp. 4-5 Doc. n° 117. Assemblée Consultative; première session & 7, pp. 294-295. Rec. Trav. Prep. vol. 2. pp. 299-305.
 La Asamblea examinó el Informe n° 77, de 5 de Septiembre de 1949, el 7 y 8 del mismo mes, aprobándolo tras su debate en esa misma fecha. Resultado de esta sesión

.../...

2. Las bases esenciales del futuro Convenio.

El Informe de los expertos indicaba las bases esenciales del futuro Convenio: enumeración de los derechos y libertades fundamentales, los órganos de control, la instauración de un Tribunal con competencia obligatoria.

En este momento se plantearon problemas en cuanto a la inclusión de dos derechos específicos que finalmente serían integrados en el Protocolo Adicional: el derecho a la propiedad y el derecho de los padres a la educación de sus hijos (13).

.../...

fue la aprobación de la Recomendación 38 del 8 de Septiembre de 1949. La aprobación fue decidida por una amplia mayoría 64 votos frente a 21 abstenciones. En dicha Recomendación tendente a la conclusión de un Convenio europeo de garantía colectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Orientaba su elaboración en los siguientes términos: enumeración (y no definición) de los derechos y libertades garantizados, creación de una Comisión europea de derechos humanos, accesible a los Estados particulares y personas morales, creación de un Tribunal europeo de Derechos Humanos con jurisdicción obligatoria. En el debate de 7 a 8 de Septiembre ya se planteó la controversia en relación a la inclusión del derecho a la propiedad y el derecho de los padres a la educación de sus hijos.

- (13) Finalmente los derechos incluidos como afirma Golsong "The Rights covered by the Convention were selected in the perspective of setting up a system of judicial control. Obviously, such a system would only be workable in connection with such rights as it was possible to apply in accordance with legal criteria. Therefore the so-called "social rights" had to be excluded. In addition, to make the proposed judicial system of control workable it was necessary to define the rights enumera-

.../...

El Informe exponía brevemente las modalidades del sistema de garantía: el establecimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y una Comisión que analizaría las reclamaciones, que serían objeto de posterior examen (14).

El Tribunal se compondría de 9 miembros elegidos por el Comité de Ministros. El derecho de acceso al Tribunal se conferiría a los miembros del Consejo de Europa, entes corporativos y a los particulares. El Tribunal tendría competencia para declarar la existencia de infracciones de las obligaciones, anu-

.../...

ted in the Convention with sufficient precision to enable a judge to control their application". Véase Golsong, H.: "Implementation of International Protection of Human Rights" En R.C.A.D.I. La Haya 1963, III, pp. 7-142.

- (14) En cuanto al Tribunal, su creación y competencia, véase en Rec. Trav. Prep. Vol. 1, creación pp. 32, 36, 46, 56, 72, 92 y 120. pp. 48, 64, 90, 94, 136, 180, 210, respecto de su competencia.
 Vol. 2: pp. 126-128 competencia.
 Vol. 3: pp. 5, 229, 231, 245, 301 (competencia) y párrafo 5, 18, 269 (creación).
 Vol. 4: pp. 44, 200.
 Vol. 5: pp. 14, 28, 38, 72, 92, 134, 163, 188, 190.
 En cuanto a la Comisión: su creación, véase: Rec. Trav. Prep. vol. 1: pp. 36, 48, 12, 120, 190, 210 y en cuanto a su competencia véase Rec. Trav. Prep.
 Vol. 2: pp. 125, 151, 203-206.
 Vol. 3: pp. 214, 242, 296, 326.
 Vol. 5: pp. 68, 72, 86, 98, 116, 132, 156 (competencia).
 En cuanto a las reclamaciones véase Rec. Trav. Prep. vol. 4, pp. 45, 213, 227, 283 y respecto del derecho de acción ante el Tribunal, véase Ibidem, pp. 45, 133, Vol. 1, pág. 163.

lar los actos contrarios al Convenio y conferir reparación si lo estimaba necesario (15).

El órgano político del Consejo examinó el Informe de los expertos en Abril de 1950. La particularidad del texto consistía en la presentación al Comité de Ministros de propuestas alternativas, cuyas singularidades específicas se referían a dos cuestiones básicas:

- a) Enumeración de los derechos. Se planteaba la opción o no de un sistema de definiciones concretas de los derechos o, por el contrario, un sistema de simple enunciación de los derechos y libertades que debían incluirse en el Convenio (16).
- b) Sistema de garantía de los derechos. Se proponían dos alternativas: la creación de un solo órgano de control, la Comisión, o bien la posibilidad de establecer, junto a la Comisión, un Tribunal europeo (17).

(15) Véase Rec. Trav. Prep. Vol. 4, pág. 45 y vol. 5, pp. 249, 301.

(16) El Comité de Ministros decidió la creación de un Comité de expertos gubernamentales para que elaborase un Proyecto de Convenio. Las variantes propuestas por el Comité de Expertos. Véase Rec. Trav. Prep. Vol. 4, pp. 53, 79. El Comité de Expertos gubernamentales había presentado un proyecto de Convenio con varias alternativas

.../...

(17) Rec. Trav. Prep. vol. 4, pp. 227, 283, respecto de la Comisión véase Rec. Trav. Prep. Vol. 4, pp. 133, 213, 283.

El Comité de Ministros confió, a su vez, el examen del Informe a un órgano que actuaría de asesor de los expertos jurídicos. Por consiguiente, el texto fue nuevamente depurado por la Conferencia de Altos Funcionarios, que hizo un examen exhaustivo del texto, finalizando sus debates el 17 de junio de 1950 (18).

.../..

que se referían al método de enumeración de los derechos o de su definición, y la posibilidad de optar por dos posibles órganos de control, una Comisión y un Tribunal o únicamente la aprobación de una Comisión.

- (18) El 1 de Abril de 1950 el Comité de Ministros convocó la Conferencia de Altos Funcionarios actuó de asesor del Comité de Ministros al igual que la Comisión de Cuestiones jurídicas y administrativas lo hizo respecto de la Asamblea Consultiva. La Conferencia debía preparar la decisión del Comité de Ministros. El presidente de la Conferencia evoca sus orígenes y su misión en los siguientes términos:

"L'histoire de cette Conférence et en définit le mandat: c'est une reunion preparatoire pour le Comité des Ministres. Sur la première question de principe (mode de definition des droits) la Conférence se trouve divisée par moitié. Sur la seconde question de principe (la création de la Cour), les partisans de la Cour sont nettement en minorité: trois méthodes sont donc possibles pour sortir de l'impasse: interrompre les travaux de la Conférence en constatant le désaccord sur les deux questions de principe; poursuivre les travaux sur la base de la seule création de la Commission, ou essayer de presenter, si possible, un texte alternatif prevoyant la creation de la Cour". "Each organ was assisted by a specialised committee which was responsible for the detailed work (the Ministers, in fact, by two) an a dialogue was established between them". El propósito era la coordinación de los deseos de los dos órganos a fin de que la aceptación por parte de los Gobiernos y de los parlamentos de los Estados fuese viable. Véase Robertson A.H.: "Human Rights in Europe". Manchester, 1978, pág. 15.

El nuevo Informe -proyecto- fue transmitido al Comité de Cuestiones Jurídicas y Administrativas, que elevó sus comentarios al Comité de Ministros, el cual lo aprobó el 7 de Agosto de 1950 (19). El texto revisado del Proyecto fué finalmente sometido a la Asamblea, que procedió a debatirlo en sus reuniones del 14, 15 y 25 de Agosto, fecha en la que aprueba una Recomendación relativa al contenido del Proyecto del Convenio (20).

-
- (19) Constaba de un Proyecto Único de Convenio que a petición de la Asamblea Consultiva fue trasladado a su órgano asesor, la Comisión jurídica que examinó el Proyecto de Convenio el 23 y 24 de Junio de 1950, transmitiendo sus comentarios al texto el 24 de Junio al Comité de Ministros. Véase "Rapport de la Conférence de Hauts Fonctionnaires. Texte du rapport au Comité de Ministres présenté par la Conférence de Hauts Fonctionnaires. Y Projet de Convention annexe au rapport". En Rec. Trav. Prep. vol. 4, pp. 243-296.

El Proyecto Único preveía el compromiso entre el método de mera enumeración de los derechos y el de su definición concreta, la creación del Tribunal, cuyo funcionamiento requería nueve declaraciones de sometimiento a su jurisdicción y la intervención del Comité de Ministros como órgano decisor. La Conferencia de Altos Funcionarios procuró evitar aquellas materias sobre las que era imposible obtener un acuerdo de las partes es decir, los derechos controvertidos (de los padres a la educación de sus hijos, el derecho a las elecciones libres) pero tampoco consiguieron un acuerdo respecto del "derecho de recuso individual".

- (20) A fin de que la Asamblea Consultiva emitiera su dictamen en la segunda sesión plenaria celebrada en 1950, "Rapport établi par le Comité des Ministres en application de l'article 19 du Statut (Doc. Assemblée Consultative, n°8, 7 Août 1950, par 54 à 63, pp. 570-572.

Conclusions de la Reunion des Conseillers des Représentants au Comité des Ministres des Affaires Etrangères, te-

.../...

La Asamblea insistía en la conveniencia de incluir en el texto y definir los derechos más controvertidos, es decir, el derecho de los padres a la educación de sus hijos y el derecho a la propiedad, así como el derecho a la celebración de elecciones libres (21). El Comité de Ministros procedió a un

.../..

nue la 2 Août 1950, Doc. Comité des Ministres 5^{ème} session, point IV, pp. 98-99.

Procès verbal de la séance du Comité de Ministres, tenue le 3 Août 1950, Doc. Comité de Ministres; 5^{ème} session, point II, pp. 4-5, y point II, pp. 25-29.

Amendements véase Doc. CM I (50) I, A 1862, Doc. CM I (50) 2, A 1863, Doc. CM I (50) 3, A 1864, Doc. CM I (50) 3 rév. A 1872, Doc. CM I (50) 4, A 1865, Doc. CM I (50) 5, A 1866, Doc. CM I (50) 6, A 1867, Doc. CM I (50) 7, Doc. CM I (50) 8; texte des articles, amendés à la suite des délibérations de la séance du 4 Août 1950. Se refería a los Arts. I, art. 4 (3 a) art. 5 (id) art. 6 (I) art. 6 (3 a) art. 8 (2) art. 29 (I) en Doc. CM I (50) 9. Projet de Convention adopté par les Sous-Comité: Doc. CM (50) 52 du 7 Août 1950, A 1884. El subcomité no consiguió lograr un acuerdo respecto del (art. 25) "derecho de recurso individual", respecto del (art. 61) "disposiciones relativas a los conflictos de competencia" se trataba de la renuncia a otros medios de arreglo que los previstos por el Convenio, tampoco se logró un acuerdo respecto de la denominada "cláusula colonial" (art. 62), de modo que se proponían variantes para su posterior aprobación por el Comité de Ministros. El Comité de Ministros en su 5^a sesión aprobó un texto de compromiso, finalmente obtenido entre las distintas delegaciones. (Doc. A 1937 du 7 Août 1950) en: Rec. Trav. Prep. Vol. 4, pp. 121-145, 147-171.

Rapport du 7 Août 1950 sur le Projet de Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, présenté au nom de la Commission par Teitgen: Doc. Assemblée Consultative n° 6, 7 Août 1950, pp. 517-535. Rec. Trav. Prep. vol. 4 pp. 173-183.

.../..

(21) El Informe fué aprobado el 25 de Agosto de 1950 estando

.../..

último examen del texto y a su remodelación, quedando finalmente concluido el proceso de elaboración del Convenio mediante su aprobación por el Comité de Ministros en su sesión de Roma, el 4 de Noviembre de 1950.

La doctrina criticó la última remodelación romana porque el Comité no atendió cumplidamente las propuestas de la Asamblea. Esta remodelación desacertada fue paliada y perfeccionada después, merced a la labor que el Comité de Ministros confió al Comité de expertos de efectuar la redacción de un texto adicional al Convenio, en el que se incluirían los derechos que habían suscitado mayor polémica y que habían quedado excluidos (22).

.../...

- (20) Por último Recommendation au Comité des Ministres adoptée le 8 Septembre 1949 en Rec. Trav. Prep. Vol. 4 pp. 185-191.

.../...

- (21) ya cercana la conclusión definitiva del texto. La Asamblea Consultiva adoptó una Recomendación aprobando el Proyecto globalmente si bien hizo puntualizaciones. Comptes rendus. Assemblée Consultative, 2^{ème} Session, tome I, séance 5, pp. 212-213 y 282-285. Dic. Assemblée Consultative, deuxième session, tome II, 6^{ème} séance, pp. 322-355. Rec. Trav. Prep. vol. 5, procès-verbaux de la séance: Ordres du jour et procès-verbaux Assemblée Consultative, deuxième session, pág. 53.

En Rec. Trav. Prep. Vol. 5, pp. 271-273. Comptes rendus Assemblée Consultative, deuxième session, tome II 9^{ème} séance, pp. 494-543. Rec. Trav. Prep. Vol. 5. pp. 273-351.

- (22) A pesar de que la Asamblea insistió en su inclusión y definición quedaron excluidos: el derecho a la propiedad, el derecho a la enseñanza y el derecho a la celebración de elecciones libres que fueron posteriormente incluidos

.../...

B) FACTORES SINGULARES DEL SISTEMA DE PROTECCION.

Los factores determinantes de la elaboración del Convenio son múltiples y revisten un carácter esencialmente político, del que se ha ocupado ampliamente la doctrina. Nos interesa aquí resaltar tan solo algunos de los aspectos más estrictamente jurídicos, que nos proyectan luz especial para la mejor comprensión de la protección técnico-jurídica, del sistema de la salvaguarda y de restablecimiento de los derechos protegidos (23).

Este esclarecimiento nos hará comprender mejor el sistema de protección individual, el método procesal de las reclamaciones y la noción y alcance del contenido de la reparación en el seno del Convenio. Por ello, nos interesa la lista de derechos que debían ser incluidos, la modalidad del sistema de garantía colectiva que debía aprobarse para su ejecución y la in-

.../...

en el Protocolo Adicional de Convenio hecho en París el 20 de Marzo de 1952 y que entró en vigor el 18 de Mayo de 1954. Véase Recueil des Textes pp. 116-119, y Rec. Trav. Prep. vol. 5. pp. 186, 224, 274, 288, (derecho oposición política), derecho de los padres a la elección del sistema de educación de sus hijos, Ibidem, pp. 24, 26, 32, 36, 60, 202, 206, 250, 278 y 326. Respecto del derecho de la propiedad véase Ibidem, pp. 24, 26, 32, 36, 60, 200, 204, 208, 244, 312 y 344. En cuanto a los derechos económicos y sociales véase Ibidem, pág. 224.

(23) De ahí que el órgano asesor del Comité de Ministros presentará una doble posibilidad a fin de posibilitar que el órgano político llegase a aprobar el Proyecto. Véase Recueil des Travaux Préparatoires. Vol. 4, pp. 57 y ss.

clusión del derecho de recurso individual y su efectividad mediante la reparación.

1. El factor ideológico como razón jurídica.

La elaboración del Convenio está vinculada, naturalmente, al momento histórico del fenómeno político unificador de Europa.

La situación ideológica imperante influirá decisivamente en la elaboración del Convenio (24).

-
- (24) "El Consejo de Europa es la expresión de la idea europea occidental de la democracia política". Truyol, A.: "Los Derechos Humanos" Madrid 1971, pág. 43. "Es también en ciertos preceptos del Estatuto del Consejo de Europa de 5 de Mayo de 1949, en donde encontramos las ideas y principios capitales del sistema acordado por los Estados Miembros". Varela Feijoo, J.: "La Protección de los Derechos Humanos" Barcelona 1972, pág. 65. En igual sentido se expresa Castberg, F.: "The Preamble to the Convention points on that the maintenance and further realisation of human rights should also contribute towards greater unity between the member States of the Council of Europe". En "The European Convention on Human Rights", Leiden 1974, pág. 5.

Teitgen manifestó en su alocución a la Asamblea que recordando los fines del art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa, diría: "A l'origine de notre union se trouve donc inscrite cette affirmation fondamentale: tout homme en raison de son origine, de sa nature et de sa destinée, possède des droits imprescriptibles contre lesquels ne saurait prévaloir aucune raison d'Etat" ... "L'Europe, en effet, doit être d'abord la terre de la liberté. Ce qu'elle lui a coûté dans le passé l'histoire de nos pays le dit à chaque page. Vingt siècles on presque de peines et d'efforts, de guerres, de revolutions, beaucoup de larmes et beaucoup de sang et sur la lassitude des peuples souvent épuisés, l'appel incessant du héros et du saint. Enfin, nous avons conquis la liberté..."

La idea predominante es la conciencia y el sentimiento imperioso del respeto que se merecen la persona y los Derechos

.../...

... Il y a certes un maximum souhaitable, un idéal théorique consisterait à faire pour L'Europe un code complet de toutes les libertés, de tous les droits fondamentaux des libertés et des droits individuels, des libertés et des droits qu'on appelle sociaux". Véase Rec. Trav. Prep. Vol. 1, pp. 39-51 aquí en concreto 39-45.

La Comisión jurídica del Movimiento europeo, al preparar el Anteproyecto de Convenio, y a fin de que la Asamblea aprobase la propuesta de resolución. Subrayó la conciencia de que podrían resolver cualquier obstáculo que surgiera en favorecer la elaboración del Convenio. Este firme propósito lo manifestaron en los siguientes términos: "Je me contendrai de dire qu'en la matière il n'y a, ni du côté de la procédure, ni du côté du droit, d'obstacles insurmontables. Il y a des difficultés que l'on pourra franchir résolument si l'on veut vraiment organiser la protection collective des droits et des libertés humaines. Ce projet de Convention figure en Annexe (il ne figurait pas dans la version confidentielle des Travaux Préparatoires)". En Rec. Trav. Prep. vol. 1, pag. 49 y pag. 297.

El danés Lannung, asimismo expresó la necesidad de elaborar la Carta de Derechos Humanos, que aunque inspirándose en la labor de las Naciones Unidas (en la Declaración Universal de 1948), debían sobrepasar lo establecido en dicho texto:

"Mais nous ne saurions nous borner, pour l'établissement d'une Charte européenne, à adopter les termes de cette Déclaration et à proclamer notre amour de la liberté. Il est de la plus haute importance que d'autres mesures essentielles soient prises dès que possible; il s'agirait, selon moi, d'établir une définition plus précise et plus détaillée des droits de l'homme, car - et j'y reviendrai - des possibilités toutes particulières nous sont offertes de compléter et de renforcer certaines des dispositions assez vagues, qui tendent à élaborer une Charte applicable au seul territoire européen.

Humanos como condición sine qua non para el mantenimiento de la democracia y de la primacía del derecho, como expresión de la voluntad general y como regla que debe presidir las relaciones entre gobernantes y gobernados.

Estas ideas esenciales se ven consagradas, entre otros documentos históricos, en la Carta de Naciones Unidas, en el Tratado de Bruselas del 17 de Marzo de 1948, en el Tratado del Atlántico Norte del 4 de Abril de 1949, y, desde luego, en el propio Estatuto del Consejo de Europa del 5 de Mayo de 1949 (25).

-
- (25) Art. 1 de la Carta de Naciones Unidas, véase Carrillo Salcedo, J.A.: "Textos Básicos de Naciones Unidas, Madrid, 1982. pág. 36.

En cuanto al Tratado Constitutivo de la OTAN, véase, texto del Tratado del Atlántico Norte. Madrid. Oficina de Información Diplomática 1949. Texto del Estatuto, véase *Annuaire Européen*, vol. 1, pp. 275-309.

En su art. 1, que establece el objetivo de la organización y así como en el art. 3 en el que se exige el respeto de un régimen democrático como condición previa para solicitar la condición de miembro de pleno derecho del Consejo de Europa. En este sentido se configura la previsión del art. 4, que estuvo a punto de aplicarse en 1970 con motivo de la situación política griega y que se resolvió en 1974 a raíz de la restauración del régimen democrático. Y que actualmente podrá surtir efectos en relación con Turquía, si no se aclara de forma favorable la situación de pleno respeto de los Derechos humanos, transcurrido el plazo de confianza que la Asamblea Parlamentaria ha concedido al gobierno turco. Véase Resolución 765 (1982) relative à la situation de Turquie. Discussion par l'Assemblée les 27 y 28 Janvier 1982 (24^{ème}, 25^{ème}, 26^{ème} séances). Véase Doc. 4841, Rapport de la Commission des questions politiques. Texte adopté par l'Assemblée de 28 Janvier 1982 (26^{ème} séance). Directive n° 406 (1982) de l'Assemblée sur la situation en Turquie. Véase Doc. 4841, Rapport de la Commission des questions politiques, cit. Recommandation 936 (1982) de l'Assemblée Parlementaire relative à la situation en

Precisamente el gran europeísta Robert Schuman, quien al suscribir el Convenio, proclamó su necesidad, con el fin de establecer los cimientos de base de la defensa de la persona humana contra cualquier tiranía o totalitarismo (26).

.../..

Turquie. Véase Doc. 4841 cit, adopté par l'Assemblée le 28 Janvier 1982 (26 séance) Rapport sur le Turquie, Doc. 4841, véase Renvoi n°1302 du 24 Septembre 1980, Recommandation 904 (1980) Resolution 757 (1981) y Directives n° 392 (1980) 395, 397 y 398 (1981). En su sesión de Enero de 1981. La Asamblea Parlamentaria se ha mostrado paciente e indulgente con el régimen autoritario turco. El Informe de Steiner, demócrata cristiano austriaco, proponía la concesión de un margen a Turquía para que en el plazo previo al mes de Mayo, fecha en que el mandato de sus 12 diputados expira. La Asamblea puede si el gobierno de Ankara no lo remedia condenar y sancionar a Turquía con la expulsión del Consejo. Véase Schoeller, F. "L'Assemblée a accordé un délai a la Turquie". en Forum 81/1, pág. 13.

La fuerza y la autoridad del Consejo de Europa reside primordialmente en el hecho de que se trata de una organización fundada sobre los principios de la democracia y de los derechos del Hombre. El Consejo goza en este aspecto de una gran autoridad moral hecho que le ha valido su reputación mundial.

En el desarrollo y ampliación de su cometido la protección de los derechos del hombre, el Consejo deberá hacer oír su vez por su propia competencia y experiencia en la materia, en este sentido deberá solidarizarse con los oprimidos y perseguidos para hacer valer sus derechos exigiendo por parte de los Estados restantes su respeto. Pero para exigir que el mundo exterior proceda a esta tarea será primordial que el Consejo sepa defenderlos en su ámbito geográfico, tratando con eficacia y honestidad los problemas internos en la materia a la luz del espíritu del Convenio. Ullsten, V.: "Editorial", en Forum 81/I, pág. 3.

(26) Recueil des Travaux Préparatoires, vol. 4, pág. 253. Y como se expuso en la 1ª sesión de la Asamblea Consultiva:

.../..

De ahí surge la ordenación jurídica de la garantía colectiva que frustraría cualquier intento de instauración de un régimen antidemocrático en Europa, (27). Y el Informe de Teitgen a la Asamblea, explicaría cómo cualquier intento de instauración de una dictadura podría ser denunciado mediante un sistema de alarma colectiva que entraría en funcionamiento al observar cualquier limitación progresiva de los derechos. En este sentido y en favor de la protección individual, se debía crear un Tribunal que daría ejecución a dicha conciencia colectiva (28).

La garantía y el respeto de los Derechos Humanos deben entenderse hoy como condición necesaria para la existencia de un régimen democrático basado en principios de representatividad y pluralismo político, consagrado en los artículos 1 y 6 de nuestra Constitución y en la Declaración de los miembros de la

.../...

"La minorité de la Commission a estimé que "le Conseil de l'Europe devrait s'en tenir à s'assurer que tous ses membres respectent les principes de la démocratie. Cette condition dirimante étant remplie, les différents peuples démocratiques devraient pouvoir régler leurs affaires comme ils l'entendent.

Le résultat pourrait, à l'avis de la minorité, être obtenu en donnant à chaque Etat Membre seulement le droit de poursuivre devant une Cour internationale la violation par un autre Etat Membre de l'une quelconque des libertés fondamentales reconnues. Cette solution empêcherait les abus et les dangers qui pourraient dériver des actions entreprises par des particuliers". En Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 226-227.

(27) Véase "Declaración sobre la Intolerancia, una amenaza para la democracia". Véase Doc. H. (82) 2, pp. 44-45.

(28) Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 6, 48, 58, 144.

Comunidad europea, sobre la democracia del 8 de Abril 1978. Esta labor realizada en el ámbito europeo, en defensa de principios fundamentales y del hombre está llevando a la instauración de un orden público comunitario que garantiza la permanencia de los regímenes democráticos y la dignidad de la persona humana (29).

Esta tendencia tutelar de los derechos humanos había sido bien manifiesta en las concepciones jurídicas proclamadas anteriormente por el I.D.I. En su sesión de Lausana confirmó la funcionalidad del Estado como salvaguardia de los derechos de la persona humana, señalando metas futuras para la evolución conceptual del Derecho internacional (30).

La interrelación existente entre Derechos humanos y democracia es obvia y los principios democráticos actuales deben entenderse como un criterio perfeccionista, de modo que la calidad de la democracia debe configurarse progresivamente mediante una mayor y más eficaz protección de los Derechos humanos (31). La mencionada interrelación es bien necesaria:

(29) Ibidem. pp. 39-51.

(30) El Instituto proclamó que: "L'Etat doit servir et non asservir l'homme". El Instituto entendía que el respeto de los derechos de la persona humana en el interior de cada Estado constituía un elemento esencial e íntimamente conectado con la paz internacional. El I.D.I. condenaba la concepción tradicional que concebía el Estado todopoderoso: "qui voit, dans l'Etat souverain, organisme de sécurité et instrument de puissance, la forme la plus haute de l'ordre juridique" En Annuaire de l'Institut de Droit International 1947, pág. 175.

(31) En este sentido se manifestó en su ponencia presentada por

- 1) Como condición para la misma existencia del régimen democrático.
- 2) Porque los Derechos humanos están al servicio de la democracia, orientan e influyen el régimen democrático, siendo éste el único régimen político capaz y necesario para garantizar el pleno disfrute de los Derechos humanos.

Es cierto que existen factores extrínsecos e intrínsecos que ponen en tela de juicio el marco democrático y la realización de los Derechos humanos en el mismo. Se puede hacer una breve referencia de ellos:

- 1) El frágil orden internacional.
- 2) La desigualdad en las relaciones interestatales.
- 3) El progreso técnico, que en determinados aspectos amenaza el disfrute de la libertad individual, debido a la creciente ingerencia del Estado en la esfera privada del individuo.
- 4) Por lo que respecta a la no inclusión de derechos de carácter eminentemente social, laguna que hoy por hoy ha sido salvada gracias a la evolutiva jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que reviste un marcado acento social.

.../...

D. Evrigenis: "Droits de L'Homme et Democratie" en el Coloquio Internacional sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos celebrado en Madrid, 5 - 6 Noviembre 1979, pp. 3 y ss.

Jurisprudencia nueva que contribuye a asegurar la salvaguardia y primacía de los derechos humanos. Su necesidad se ha puesto en evidencia en distintos horizontes, a fin de incluir la protección de nuevos derechos (32).

Esta preocupación por la defensa y el mantenimiento de los principios democráticos y humanos sigue siendo objetivo constante del Consejo de Europa. Precisamente, a propuesta del actual Presidente de la Asamblea Parlamentaria, Jose Maria de Areilza, se celebraron las Conferencias de Estrasburgo (33), animadas del deseo de lograr el desarrollo de un mayor contacto entre los regímenes democráticos. De esta forma, se conseguirá consolidar los lazos de solidaridad que unen a los representantes parlamentarios de las democracias pluralistas. Los parlamentarios se reunirán, en lo que Areilza califica de

-
- (32) Una protección cada vez más estricta de los derechos implica la inclusión de la nueva generación de derechos calificada por Vasak, K. como los "derechos a la solidaridad" en "Le droit international des droits de l'homme" en R.C.A.D.I. Vol. IV, 1974, n° 140, pág. 344.

Respondiendo a esta necesidad cabe citar los esfuerzos realizados en el Acta Final de Helsinki. La Carta de Derechos Fundamentales de los ciudadanos pertenecientes a los países integrantes de las Comunidades europeas y la elaboración del Protocolo VI al Convenio europeo de derechos humanos.

Bystricky, R.: "Quelques remarques sur la revolution scientifique et technique et les droits de l'homme" en, Rene Cassin Aumicorum Discipulorumque Liber. I, Paris 1970, pág. 16 y véase Ponencia de Moreno López, A.: "Los derechos humanos de la solidaridad", en las IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (4, 5 y 6 de Julio de 1979) Granada, 1980, pp. 33-53.

- (33) Forum 1981/4. pág. 3. Véase "La Protection International des Droits de l'Homme, dans le cadre européen" pp. 23-24. París, 1960.

conferencia "transdemocrática", en 1983, renovable cada dos años.

Este difícil intento trata de reunir a los países y reforzar la posición de los Estados democráticos en el mundo, así como proporcionar un polo de atracción a los que dudan sobre la organización y sus instituciones, obedeciendo a la dinámica política y lógica institucional complementaria propia del Consejo y de sus órganos, y que la distinguen claramente de la realidad comunitaria de los diez. Lord McNair manifestó, hace años, que esta preocupación por los derechos humanos se ha interpretado como un medio de reforzar una unidad más amplia entre los miembros del Consejo.

Piénsese que los regímenes democráticos constituyen una minoría espectacular en el mundo, de los cuales 21 pertenecen al Consejo de Europa y son parte en el Convenio.

En los trabajos preparatorios del Convenio se recoge fielmente esta idea que se había positivado en el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, y que actuaba de motor de la elaboración del Convenio. Teitgen insistió en este aspecto en su alocución a la primera sesión de la Asamblea en los siguientes términos:

"En origen de nuestra unión se encuentra esta afirmación fundamental: todo hombre, en razón de su origen, de su naturaleza y de su destino posee derechos imprescriptibles contra los que no puede erigirse ninguna razón de Estado... de forma que se elaborarán las propuestas que permitirán a Europa realizar su promesa. Europa deberá ser ante todo la tierra de la libertad" (34).

(34) Véase Ponencia de Guarnieri, G., presentada al Coloquio

2. El factor orgánico de la redacción y de la protección.

En la elaboración del texto del Convenio y del sistema de protección fue múltiple la participación orgánica. Actuó, por una parte, el Comité de Ministros, asesorado por dos órganos, el Comité de Expertos y la Conferencia o Comité de Altos Funcionarios gubernamentales, especialistas en materias jurídicas.

Por otro lado, la Asamblea Consultiva se vio asesorada por el Comité de Cuestiones Jurídicas y administrativas. El texto europeo es, pues, el resultado de ideales jurídicos y políticos tamizados por transacciones de carácter circunstancial y operativo. Este aspecto de transacción se evidencia en más de un pasaje del Convenio. En lo que concierne al sistema de protección son una buena muestra de ese espíritu las llamadas cláusulas facultativas.

Concretamente, por ejemplo, los artículos 25 y 46 del Convenio, que representan una solución inmediata, aunque no sean el ideal deseable (35). Porque el sistema de protección individual y, por tanto, la reparación, están condicionados, en principio, a la libre aceptación del Estado. En efecto, la competencia de la Comisión para conocer de cualquier demanda dirigida:

"Por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares",

.../...

de Madrid, 5-6 Noviembre 1979. Recueil des Travaux Préparatoires, vol. I. pp. 39-41.

(35) Recueil des Textes, pp. 108, 111.

depende de que la Alta Parte Contratante acusada de violación "haya declarado reconocer" dicha competencia (36). Lo mismo ocurrió con la jurisdicción del Tribunal, que ha de ser reconocida "como obligatoria de pleno derecho" (37).

Y algo análogo sucedió con el examen de los derechos más controvertidos. Claro está que el Comité de Expertos trató de eludir los problemas de carácter eminentemente político para solucionar de forma efectiva las cuestiones jurídicas. Esta es la razón que explica el hecho de que redactase textos alternativos, que habían de ser sometidos a la Conferencia de Altos Funcionarios (38).

Precisamente, el texto relativo al derecho de recurso individual, que más nos interesa para nuestro estudio, fué objeto de detenido reexamen por el Comité de Cuestiones Jurídicas Administrativas, por encargo de la Asamblea (39).

Este Comité insistió en la necesidad de la admisión e inclusión de tal derecho en el texto definitivo del Convenio. El texto finalmente aprobado refleja la necesidad que hubo de ciertos compromisos. Esta necesidad de transacción motivó ciertas críticas, en el sentido de que el texto definitivo introduce una desvirtualización del espíritu inicial del acuerdo.

(36) Ibidem, pág. 108.

(37) Ibidem, pág. 111.

(38) Conferencia de Altos Funcionarios 8-17 Junio 1950. Véase Rec. Trav. Prep. Vol. 4. Capítulo XIII, pp. 101 241. Rapport. Conférence de Hauts Fonctionnaires. Ibidem. pp. 243 y ss.

Sin embargo, los mismos signatarios del Convenio tuvieron, al parecer, plena conciencia de las imperfecciones del texto (40). Por ello, el Comité de Cuestiones Jurídicas y Administrativas consideró que sería necesario reexaminar en el futuro la regulación de otros derechos o libertades de carácter profesional o social, con el fin de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio. En este sentido, cabe señalar los esfuerzos realizados para la ampliación de los derechos protegidos y el reconocimiento de los Protocolos Adicionales, así como del derecho de recurso individual (41).

3. Notas esenciales de la definición y calificación jurídica de los derechos individuales.

La salvaguarda y el restablecimiento, en caso de reparación, de los derechos protegidos nos viene dada y explicada, en parte, por los debates habidos en torno a los derechos que debían de ser incluidos en el Convenio (42). El tema planteaba una doble cuestión. Por una parte, había que dilucidar los derechos que debían garantizarse y, por otra, la cuestión relativa a su definición.

(40) Díez de Velasco Vallejo, M. ob. cit. pp. 586-590.

(41) Respecto del derecho de recurso individual véase la propuesta de Rolin, en Rec. Trav. Prep. Vol. 1, pág. 184 la alocución de Teitgen de Agosto de 1949. Ibidem, pág. 48, su propuesta. Véase Doc. D.H. (77) 7. Crónica del Comité de Ministros para hacer obligatorio el "derecho de recurso individual". Ibidem, pág. 162, Proyecto Ibidem, pág. 202 y Rapport de Septiembre 1949. Ibidem. pág. 224.

(42) Rec. Trav. Prep. vol. 1, pág. 219. Rec. Trav. Prep. vol. 5, pp. 24-26, 32-36, 60-64, 200-204, 208, 236-238, 244, 312, 324, 344.

En el Comité de Cuestiones Jurídicas y Administrativas del Consejo de Europa, se planteó la disyuntiva de incluir derechos y libertades tradicionales o derechos de reciente formación o en estado de desarrollo (derechos profesionales o sociales); se optó por incluir aquellos derechos que suscitasen menos controversia. Es decir, se incluyeron los derechos y libertades fundamentales ampliamente consolidados en Europa, definidos y aceptados por la práctica bien consagrada de los regímenes democráticos (43).

El razonamiento esencial del Comité podría cifrarse en los siguientes términos:

"Estos derechos y libertades constituyen el denominador común de nuestras instituciones políticas, la primera conquista de la democracia, y también la condición de su funcionamiento. De ahí que deban ser objeto de una garantía colectiva" (44).

Los redactores del Convenio eran, pues, conscientes de la existencia de libertades de carácter profesional dignas de protección, así como de derechos sociales que debían ser garantizados y definidos en el futuro. Pero, en el momento histórico de la redacción, la Unión europea se concebía como objetivo para la democracia política, la cual debía atender primordialmente a la generalización de una democracia social y después se preocuparía de coordinar las distintas economías (45).

(43) En otros se hace referencia en Rec. Trav. Prep. vol. 4. pp. 253, 293.

(44) Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 39-41.

(45) Rec. Trav. Prep. vol. 1, pág. 219 y Rec. Trav. Prep. vol. 5, pág. 224.

En tales circunstancias, se comprende que se cuestionase el carácter fundamental de determinados derechos. Los derechos que suscitaron mayor controversia fueron los denominados "derechos de familia", en los que se incluía el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, así como la limitación del poder público de intervenir arbitrariamente en el disfrute de la vida privada pues la Comisión consideraba que tales derechos "no eran esenciales para el funcionamiento de las instituciones democráticas" (46).

Vivo fue, también el debate sobre el carácter fundamental del derecho al disfrute pacífico de los bienes, porque algunos miembros de la Comisión entendían que no existía motivo alguno para separar este derecho de los restantes derechos económicos o sociales (47).

En cambio, se manifestó mayor concordia sobre el compromiso de los Estados miembros para respetar los principios

(46) Rec. Trav. Prep. vol. I, pág. 219.

(47) Respecto de los derechos relativos a la vida privada y familiar. Véase Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 161, 169, 197. Respecto del derecho a la educación véase Ibidem, pp. 125, 169, y respecto del derecho a la propiedad. Ibidem, pp. 183, 199, 207, 255, 271. En el Anteproyecto se incluyeron 12 derechos que integraban el art. 2 del Proyecto de Resolución. El delegado británico Lord Layton se opuso a la inclusión de los derechos de los padres a elegir la educación de sus hijos así como el derecho a la propiedad, sin embargo, en este momento de la redacción se incluyeron en el art. 2 del Anteproyecto.

fundamentales de la democracia de buena fe, y, de modo especial, en su territorio metropolitano; sobre la necesidad de celebrar elecciones libres en plazos razonables de tiempo mediante sufragio universal y voto secreto, para garantizar la concordancia entre la acción gubernativa y legislativa y lograr la "expresión de la voluntad del pueblo", sin perturbar el derecho a la crítica y el derecho a organizar una oposición política (48).

Ahora bien, cuando se analizó el Anteproyecto, en el seno del Comité de Ministros (49), algún delegado mostró cierta desconfianza sobre el sistema elegido de la mera enunciación de los derechos, por entender que suponía un riesgo tanto para la posterior garantía de los derechos por parte de los órganos de control como por la posible interpretación ilimitada que dichos órganos, en especial la Comisión, pudieran efectuar respecto de estos derechos. Frente al método de la simple enunciación de derechos se opuso el procedimiento de la definición concreta de los mismos.

(48) Se presentó una enmienda para separar la parte subrayada que fue desestimada por ser indiscutible, requisito sine qua non de la democracia. Rec. Trav. Prep. Vol. 1, pp. 77, 119, 137, 161, 169 y 209 (derechos políticos y a celebrar elecciones libres). Respecto del derecho a formar una oposición política véase Rec. Trav. Prep. vol. 4, pág. 55 y pp. 55, 141, respecto del derecho a la celebración de elecciones libres.

(49) Le choix entre le système de l'énumération et celui de la définition des droits à sauvegarder par la Convention (Titre I du projet des experts, variantes, A. A/2 y B, B/2, Rapports des experts, pp. 5-10). Respecto del sistema de enumeración de los derechos propuesto por la Asamblea Consultiva se mostraron a favor los delegados de los siguientes Estados: Francia, Irlanda, Italia y Turquía.

El Comité de Ministros no aceptó la redacción en base de la simple enunciación, por considerar necesaria la definición de los derechos. La cuestión había sido ya ampliamente debatida en el seno de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Administrativas, pero el Comité de Ministros solicitó, por medio del Secretario General, a los Gobiernos, la designación de expertos gubernamentales para que conjuntamente redactasen el proyecto del Convenio.

En consecuencia, se convocó la Conferencia de Altos Funcionarios, que elaboró el 1 de Abril de 1950, una definición concreta de los derechos frente al enunciado de principio de los mismos que había redactado el Comité de Cuestiones Jurídicas y Administrativas. Entre el Anteproyecto presentado a la Asamblea, en Septiembre de 1949, y el proyecto puesto en su conocimiento en Junio de 1950 había notable diferencia, porque la redacción de los derechos varió notablemente, pues en el último proyecto fueron definidos y no meramente enunciados.

En realidad, la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Administrativas había optado por un sistema de reenvío a las definiciones de los mismos derechos tal y como se contenían en la

.../...

En cambio se pronunciaron a favor de un sistema de definición de los derechos, que era el sistema aprobado por la Comisión de Derechos humanos de Naciones Unidas, los delegados de los siguientes Estados: Grecia, Noruega, Países Bajos, y Reino Unido. Véase Rec. Trav. Prep. vol. 4, pág. 211. (Conférence de Hauts Fonctionnaires) (8-17 Juin 1950).

Declaración Universal del 10 de Diciembre de 1948. Se pensaba que ese reenvío ofrecería una mayor clarificación de cada derecho o libertad (50).

Este propósito de referirse al documento básico de la Asamblea General obedecía, primordialmente, a ciertas preocupaciones de la Comisión:

- a) Coordinar la acción del Consejo de Europa con la labor llevada a cabo por la O.N.U.
- b) Tener en cuenta el valor de la Declaración tanto por su autoridad moral como por su valor técnico. En cualquier caso, el reenvío previsto solo se efectuaría, según la Comisión, de conformidad con las exigencias de cada artículo y únicamente en relación con el artículo que delimitase el contenido de cada libertad en la propia Declaración (51).

Es decir, al elaborar la lista de derechos y libertades garantizados, se hacía un reenvío expreso a cada disposición correlativa de la Declaración Universal, sin procederse a una definición específica de cada derecho o libertad (52).

(50) Le choix entre le système de l'énumération et celui de la définition des droits a sauvegarder par la Convention (Titre I du projet des experts, variantes A, A/2, y B, B/2, Rapport des experts, pp. 5-10.

(51) Recueil Trav. Prep. vol. 1, pág. 219.

(52) Teitgen en su alocución a la Asamblea aclararía "el sis-

La Comisión había debatido, también, la posibilidad de definir muy detalladamente cada derecho. Esta idea no tuvo éxito, por considerarse que la eventualidad de definir con minuciosidad cada derecho implicaría la elaboración de una legislación general; es decir, una codificación internacional que tendría que incluir las modalidades y condiciones de ejercicio de cada libertad en cada país. Y su realización supondría la dilación "sine die" del propósito de la Comisión.

La Comisión comprendió que la uniformidad de la legislación europea era un propósito loable pero de lenta y ardua ejecución. Por tanto, decidió optar por una solución empírica. Y es curioso observar que se pretendió basar la decisión en el supuesto hecho de que en el orden internacional es preciso crear la jurisdicción antes de que se logre la codificación (53).

En realidad, la solución aprobada por la Comisión:

"consagró el principio tradicional, fundamental en Derecho internacional público conforme al cual cada Estado tiene competencia para organizar sobre su territorio las modalidades de ejer-

.../...

tema de redacción en los siguientes términos: el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, conforme al art. 16 de la Declaración U".

"Se pretende limitar la garantía al derecho o contraer matrimonio, sin incluir, "los iguales derechos, respecto del matrimonio, durante el matrimonio y una vez disuelto" que asimismo se incluyen en el art. 16 de la Declaración de Naciones Unidas".

(53) Recueil des Travaux Préparatoires. vol. 1, pp. 276-277.

cicio y las condiciones cotidianas del funcionamiento de los derechos y de las libertades garantizadas" (54).

La Comisión entendía reservar a los Estados la competencia de establecer las modalidades de ejercicio de cada derecho, si bien la garantía colectiva internacional velaría para que los poderes estatales no destruyesen el ejercicio de dichos derechos con el pretexto de su organización interna.

La garantía colectiva tendría por objeto asegurar eficazmente el cumplimiento de lo estipulado, conforme a los principios generales de Derecho reconocidos por las Naciones civilizadas, de forma que la legislación aprobada por cada Estado diese firmeza y seguridad al ejercicio de las libertades garantizadas internacionalmente (55).

(54) Se justificaba el sistema seguido en los siguientes términos: "Une convention internationale établir la liste des libertés garanties et leur définition générale". Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 277, 280, 281.

(55) El art. 7 se referiría a los principios generales de derecho reconocidos por las Naciones civilizadas tal y como se recoge en el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Véase Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 201, 223, 231, 279.

La remisión que la Comisión de Cuestiones Jurídicas hizo, en su articulado en el Proyecto de Resolución a la Declaración Universal, se efectuó para delimitar el contenido de los derechos. Véase Rec. des Trav. Prep. vol. 1, pp. 280-281.

En consecuencia, los expertos convocados por el Comité de Ministros se reunieron en el Ayuntamiento de Estrasburgo del 2 al 8 de Febrero de 1950 e impulsaron, como anticipamos, la idea de la definición específica de los derechos (56).

Entre los representantes merece resaltarse a los de la Gran Bretaña y de los Países Bajos, fervientes partidarios de la definición detallada de los derechos y de sus limitaciones. Sir Oscar Dawson señaló que su gobierno consideraba esencial la determinación de un "método apropiado" para la previa elaboración del Convenio, sin menosprecio de la libertad de acción ulterior de los Estados.

En el ánimo de los Delegados influyó mucho la diversidad de situaciones, porque en la intención de los autores de la Declaración Universal no se preveía en modo alguno el carácter obligatorio del texto (57).

-
- (56) Conforme a la Decisión del Comité de Ministros del 5 de Noviembre de 1949. El Secretario General convocó el 18 de Noviembre de 1949 un Comité de expertos mediante carta dirigida a los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados Miembros. Rec. des Trav. Prep. vol. 2, pp. 303-305.
- (57) También se impugnó la remisión a la Declaración Universal ya mencionada y una vez corroborada la intención predominante en Lake Success que llevó a la redacción posterior de los Pactos con un carácter ya obligatorio.

En resumen dichos delegados exigieron como condición previa a la conclusión del Convenio de Derechos humanos: "La definición precisa de los derechos garantizados y de las limitaciones a que podrán someterse estos derechos". En Rec. Trav. Prep. vol. 2, pág. 255.

Por el contrario, el Convenio europeo había de vincular jurídicamente a todos los signatarios. Por eso, el delegado inglés, aun reconociendo la laboriosidad del sistema preconizado, se mostró muy esperanzado sobre la eventualidad de llegar a un acuerdo positivo y concreto, considerando imprescindible que la definición de los derechos revistiese una forma legislativa que delimitase claramente la naturaleza y la extensión de las obligaciones concretas que debían asumir los Estados. Se debía delimitar suficientemente el fondo de las cuestiones, para decidir con posterioridad las formas y el alcance de las garantías del Convenio (58).

La propuesta inglesa aspiraba a disipar y evitar la incertidumbre de los Estados, porque Sir Oscar Dawson formuló en forma muy elocuente el núcleo de la cuestión principal:

"Los Estados signatarios del Convenio podrían sentirse inseguros respecto a si debían o no adherirse al Convenio; en efecto, ¿cómo un país podría estar seguro de que sus leyes son conformes con las obligaciones que se derivan del hecho de que la adhesión, si no sabe exactamente cuáles son las obligaciones que suscribe?" (59).

La expresa laboriosidad y la supuesta impracticabilidad

(58) Por ello, declaró insatisfactorias las recomendaciones de la Asamblea, porque inducían a los Estados a una gran confusión y perturbaban la propia labor del Consejo de Europa. Rec. Trav. Prep. vol. 2, pág. 255.

(59) Ibidem, pág. 257.

del sistema propuesto, encontró la oposición de los representantes de Francia e Italia. Estos pensaban que los Estados difícilmente llegarían a ponerse de acuerdo respecto de determinados temas, singularmente sobre los detalles de las definiciones y de sus delimitaciones. Tenían presente, además, la dificultad de precisar las innumerables restricciones posibles al ejercicio de cada derecho concreto y su difícil previsibilidad. Estos hechos exigirían, a su vez, elaborar y adjuntar la enumeración de reglas generales junto a la enumeración detallada de las restricciones (60).

No se excluía, por ejemplo, según el delegado belga, la posibilidad de la redacción detallada de los derechos, pero se sentía preocupación por la dilación que esta labor implicaría y el riesgo de retrasar la creación de órganos que se juzgaban imprescindibles para el buen funcionamiento del Consejo de Europa. La razón funcional de esta actitud tenía su valor pragmático. Se creía ventajosa la conclusión de un convenio imperfecto, aunque después fuese sustituido por un convenio más perfeccionado (61).

Por otra parte, la concepción de los delegados francés e italiano tenía en cuenta la importancia de la circunstancia histórica en la que se elaboraba el proyecto, pues el sistema de las reglas generales y de sus limitaciones tenía un cierto significado en la Europa Occidental, y las posibles dificultades prácticas podrían superarse por el control posterior que instaurase el Convenio.

(60) Ibidem. pág. 258.

(61) Ibidem. pág. 258-259.

Esta visión continental europea se hacía patente en la referencia, por ejemplo, a los principios del art. 38 del Estatuto del T.I.J, considerándolos como formando parte del patrimonio europeo, y su aplicación permitía que los órganos internacionales, por tratarse de principios establecidos, los pusiesen en práctica e interpretasen de manera justa y flexible (62).

Los argumentos contradictorios expuestos, decidieron al Comité a comenzar el análisis del proyecto y examinar todas las propuestas basadas sobre un método distinto al inicialmente aprobado, dejando a cada miembro en libertad de reservar su opinión definitiva.

La composición técnica del Comité favoreció la inteligencia e intercomunicación de las opiniones divergentes por no tratarse de un acuerdo meramente político basado en la opinión de la mayoría. El Comité, sin embargo, tuvo presente la dilación que se podría introducir en la redacción del texto con la adopción del sistema propuesto por Gran Bretaña.

El Comité, examinó, pues, el proyecto en el que se incluían los principales derechos de carácter civil y político: (63) seguridad de la persona, libertad frente a la esclavitud

(62) El art. 7 de la Asamblea se remitía al art. 38 del Estatuto. En Rec. Trav. Prep. vol. 1, pág. 201.

(63) En el texto definitivo el derecho a la seguridad se transcribía en el art. 3, en complemento con el art. 5 que lo garantiza conjuntamente con el derecho a la libertad, y se complementa por el art. 6. El art. 4. La prohibición de la esclavitud y de los trabajos forzados,



o servidumbre, ser conducida prontamente ante un juez en caso de detención (64), derecho a un juicio equitativo y a ciertas garantías procesales (65), prohibición de la retroactividad de la legislación penal (66), derecho al respeto a la vida

.../...

en el texto definitivo se incluiría en el art. 4, desapareciendo a este efecto el art. 8, pues en su texto se incluiría como veremos aspectos, vida privada, inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio. Arts. 9, 10 y 11.

En el texto definitivo se protegería al individuo frente a cualquier arresto arbitrario solamente en el art. 5. Los arts. 10 y 11 del texto definitivo protegerían al individuo para manifestar libremente su pensamiento y el art. 11 garantizaría la libertad de reunión, asociación y sindicación.

Art. 12. En el texto definitivo este artículo se convertiría en el art. 8.

Art. 18. En el texto definitivo se protegería una parte, estas libertades de pensamiento, conciencia y religión en el art. 9 y por otra la libertad de expresión en el art. 10.

Art. 19. Protegidas en el texto definitivo en el art. 10.

Art. 20. Texto definitivo art. 10.

Art. 20. Texto definitivo art. 11.

Art. 23, pfo. 4. Texto definitivo art. 11.

Art. 16. Texto definitivo art. 12.

Art. 26, pfo. 3. Se protegería en el Protocolo Adicional por falta de acuerdo en el momento de redacción del texto final del Convenio.

Art. 17. Sería finalmente incluido en el Protocolo Adicional y por último arts. 2:1 y arts. 3 y 4. Véase Rapport de Heraud. G.: "Les Droits garantis par la Convention", en "La Protection internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen", Paris 1960, pp. 105-139. En Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 229-231.

(64) El art. 5: en 'Recueil des Textes, pp. 103-104.

(65) El art. 6 Ibidem, pág. 104.

(66) El art. 7 Ibidem, pp. 104.

privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia (67), derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (68), derecho a la libertad de expresión (69), derecho a las libertades de reunión, asociación y sindical (70), derecho a formar una familia (71), el derecho a un recurso efectivo ante la autoridad nacional en el supuesto de que un derecho o libertad protegido en el Convenio no fuese respetado (72), la prohibición de la discriminación en el disfrute de los derechos y libertades garantizados en el Convenio (73).

También fueron incluidos posteriormente los debatidos derechos a la propiedad privada, el derecho a la instrucción y libertad de los padres para escoger la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y políticas (74), derecho a elecciones libres, periódicas y secretas, (75).

(67) El art. 8 Ibidem, pp. 104-105.

(68) El art. 9 Ibidem, pág. 105.

(69) El art. 10, Ibidem, pág. 105.

(70) El art. 11 Ibidem, pág. 105.

(71) El art. 12 Ibidem, pág. 105.

(72) El art. 13 Ibidem, pág. 105-106.

(73) El art. 14 Ibidem, pág. 106.

(74) El art. 1º del Protocolo Adicional, y el art. 2º del citado Protocolo. Ibidem, pág. 117.

(75) El art. 3º del Protocolo Adicional. Ibidem, pág. 117.

Posteriormente veremos la interpretación que los órganos de control han dado a la aplicación de estos derechos:

"la amplitud y prolijidad de los derechos enumerados demuestra bien claramente que los redactores del Convenio han recogido el espíritu vigente en Europa en materia de Derechos humanos".

4. Referencia a la garantía del justo equilibrio en la protección.

Las garantías generales de la eficacia de la protección motivaron la introducción de ciertas restricciones en el ejercicio absoluto de los derechos protegidos. Se procuraba evitar el abuso. La libertad garantizada no debía de llevar, por exceso, a destruir la libertad misma, de ahí la prohibición del abuso (76).

El contrapunto de la limitación de los excesos exigía, a su vez, otro contrapeso ineludible: la prohibición de extender el ámbito de aplicación de las restricciones (77). Los justos límites del ejercicio de los citados derechos y libertades, esto es, las restricciones para evitar los abusos, no podrían ser aplicadas más que de conformidad con "la finalidad" para la cual habían sido previstas (78).

(76) El art. 17 Ibidem, pág. 106.

(77) El art. 18 Ibidem, pág. 106.

(78) El art. 18 Ibidem, pág. 106.

El equilibrio necesario entre el ejercicio del derecho y la prohibición del exceso y del abuso, se establece en razón del principio de la adecuación razonable de las medidas restrictivas "a la finalidad" para la cual se admiten (79).

Esta dimensión del equilibrio, de la adecuación razonable, es la que ha de inspirar a los órganos de control cuando examinen la compatibilidad de las normas o medidas internas denunciadas con relación al Convenio, y si son o no necesarias en una sociedad democrática. Por otra parte, el artículo 17 pretende evitar la invocación "distorsionada" de un derecho o libertad protegido en el Convenio (80).

Las disposiciones del Convenio no deberían, por tanto, ser interpretadas de forma tal que permitiese al Estado o a los individuos ejercer cualquier derecho, actividad o actos tendentes al deterioro, destrucción o distorsión de los derechos o libertades reconocidos en el mismo Convenio; las limitaciones más amplias de estos derechos o libertades no podrían, tampoco, ser más amplias que las previstas en el Convenio.

El equilibrio señalado significa una garantía general en doble sentido del espíritu que informó las estipulaciones protectoras de los derechos y libertades reconocidos. La razón que justificó la postura de la Conferencia de Altos Funcionarios, partidaria de la definición de los derechos (81),

(79) El art. 18 Ibidem, pág. 106.

(80) El art. 17 Ibidem, pág. 106.

(81) Le choix entre le système de l'énumération et celui de la définition des droits à sauvegarder par la Convention (Titre I du projet des experts, variantes A, A/2, B, B/2, Rapport des experts, pp. 5-10.

fue, sin duda, la preocupación de esclarecer bien la puesta en práctica en el futuro de los derechos, tanto en el ámbito interno como en el internacional. A pesar de este buen propósito, en la práctica se han planteado graves problemas de interpretación, porque el texto definitivo no plasmó plenamente la finalidad perseguida. Los órganos de Estrasburgo y, especialmente, el Tribunal, se han encargado, en la realidad, de interpretar las cuestiones suscitadas en la interpretación o aplicación del Convenio.

Es altamente importante esta facultad de adecuar los principios de protección a la realidad sociológica de la vida normal. Las facultades interpretativas del Tribunal constituyen una garantía general de efectos muy amplios. Su definición es uno de los aciertos de los redactores del Convenio, que dispone:

"La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio que las Altas Partes Contratantes o la Comisión le sometan, en las condiciones previstas por el art. 48" (82).

La operatividad de las facultades de interpretación viene correspondiéndose con el propósito del justo equilibrio mencionado, porque los autores del Convenio redactaron exhaustivamente, en ocasiones, con vistas al ámbito interno, las restricciones autorizadas y previstas en determinados supuestos, (83). Pero, al mismo tiempo, los redactores incluyeron la cláusula

(82) Art. 45 y art. 48. en Recueil des textes, pp. 111-112.

(83) Limitaciones del art. 5 a la libertad personal en Recueil des Textes, pp. 103-104.

sula del artículo 18 (84), con el fin de controlar internacionalmente la actuación de las autoridades internas y evitar que éstas abusaran en la aplicación de las restricciones previstas.

C. EL ANALISIS JURIDICO DE LOS REDACTORES SOBRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y SU PROTECCION (85).

Hemos anticipado ya la importante tarea del Comité de Ministros, en el momento de la redacción definitiva del Convenio (86). Interesa ahora un breve análisis del contenido substancial de las modificaciones introducidas por el Comité para hacerse cargo del sentido y alcance previsto inicialmente, con la definición de los derechos individuales y su correspondiente protección (87). Realmente, el anteproyecto presentado al Comité se convirtió, después de sus alteraciones, en un nuevo texto.

(84) Ibidem. pág. 106.

(85) En base a las observaciones que presentaron los delegados. Inició el análisis de los artículos atendiendo primero a aquellas libertades y derechos que planteaban problemas más arduos por lo que se refería a su eventual limitación.

(86) "The criticism of the Committee of Ministers as regards the failure to include the three additional rights was rather exaggerated" Así se expresa Robertson, A.H.: Ob. cit. pág. 13.

(87) Aunque la iniciativa de la elaboración del Convenio partió de la Asamblea Consultiva fue como ha dicho Robertson, A.H.: "it was the governmental organ, the Committee of Ministers, which acted on that proposal" Ob. cit. pág. 15. Véase asimismo Capítulo 8, Recueil, pp. 278-291. Art. 1, Recueil des Textes, pág. 102.

El Comité comenzó por eliminar el término "garantizar" - los derechos y libertades - del artículo 1 del Proyecto, sustituyendo por el de "reconocer"; esto es, las Altas Partes Contratantes "reconocen" a toda persona los derechos y libertades definidos. Esta substitución aseguraba mejor, a juicio del Comité, la protección por parte de los Estados (88).

El Comité substituyó, igualmente, el término de "residente", que hacía referencia a los beneficiarios de los derechos, por el de "persona bajo su jurisdicción" - de los Estados - expresión análoga a la del artículo correspondiente del Pacto de las Naciones Unidas (89).

Esta actitud revisora y de mayor precisión se puso también en práctica con motivo de la enumeración de los derechos (90). El proyecto de los Altos Funcionarios Gubernamentales

(88) El texto anterior señalaba: "Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à reconnaître..." La enmienda presentada por Rolin proponía: "Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent... les droits et libertés définis". El Comité de Ministros aceptó la enmienda el 7 de agosto de 1950. Véase "Projet de Convention adopté par le Comité des Ministres" en Recueil Trav. Prep. vol. 5, pp. 121-143, en concreto pág. 147, Annexe A. art. I.

(89) Véase Ibidem, pág. 147.

(90) El Comité suprimió la referencia explícita a la Declaración Universal por motivos de técnica legislativa, si bien respetó escrupulosamente el espíritu dimanante de la misma. Ibidem, pp. 121-143. En el Proyecto indicado se enumeran los artículos y se definen aquellos que plantean problemas en cuanto a su aplicación, a pesar de que como indicábamos no se logra un pleno acierto en este tema.

contenia, como señalamos, soluciones de compromiso, que solo podían ser superadas por el propio Comité. En efecto, en el importante capítulo de los órganos de control se confirma la creación del Tribunal europeo de Derechos humanos, cuya instauración efectiva quedaba supeditada a la aceptación de su competencia obligatoria por parte de 9 Estados (91). Y se preveía la actuación del Comité como órgano de control (92).

1. Polémica relativa a la inclusión de determinados derechos inmediatos.

En el proyecto básico, no se llegaba a un acuerdo pleno sobre la inclusión de los derechos más controvertidos, ni sobre la obligatoriedad del derecho de recurso individual. Y es de resaltar de modo especial que habría de ser el Comité de Ministros el que estableciese la cláusula facultativa del derecho de recurso individual (93).

La admisión de una de las innovaciones más originales e importantes del Convenio no fue consentida fácilmente por los Delegados Gubernamentales. Siete delegados estaban conformes con la inclusión del derecho de recurso individual, frente a cinco miembros que se manifestaron en favor de la supresión del derecho de petición, cuya redacción final se elaboraría mediante la inclusión de la cláusula facultativa.

(91) Respecto de la cláusula facultativa. Véase Rec. Trav. Prep. vol. 5, pp. 59, 65, 93, 139, 165, 317 y 319.

(92) Coordinación de Misiones, Comité y Tribunal. Véase Ibidem, pág. 29.

(93) Rec. Trav. Prep. vol. 5 pp. 59, 65, 93, 139, 165, 317 y 319.

Por su parte, el Comité supo diferenciar con claridad el concepto de los derechos y libertades protegibles del sistema de su protección. Sintió la necesidad de configurar el "derecho a un recurso efectivo" ante una instancia nacional, como una garantía de las libertades y derechos incluidos, en los supuestos de violación de los derechos protegidos y se mostró partidario de su regulación separada, dedicando un artículo específico a este derecho y suprimiendo la referencia a la Declaración Universal (94).

El Comité se pronunció en el mismo sentido respecto al derecho a una vida privada y familiar y el derecho a contraer matrimonio (95).

Limitó los aspectos que se debían proteger en este derecho, suprimiendo en parte los derechos contenidos en el artículo 12 de la Declaración Universal. El artículo 4 del proyecto se remitía en términos muy amplios a los artículos 10 y 16 de dicha Declaración. Se excluye la referencia a atentados a la honra o reputación de la persona y las restricciones relativas a la celebración de matrimonio y al disfrute igual de los derechos durante y después de la disolución del mismo (96).

Naturalmente, el Comité no pudo eludir el examen de derechos mas polémicos:

- El de los padres a elegir la educación de sus hijos.

(94) Ibidem, pp. 83, 129, 153.

(95) Respecto al derecho al respeto de la vida privada y familiar. Ibidem, pp. 81, 127, 151.
Ibidem, pp. 23, 31, 41, 60, 243, 279 (derecho a contraer matrimonio).

(96) Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 51, 59, 63, 71, 111, 141, 195, 219, 237.

- El de la propiedad. Inicialmente, el Comité se mostró partidario de su inclusión en el Convenio, pero después decidió no tratar la cuestión ni presentar propuesta alguna al respecto.

Se limitó a subrayar la importancia de tales derechos en los regímenes democráticos, frente a las presiones y utilidades erróneas ejercidas por los poderes totalitarios (97).

La irretroactividad de las leyes penales fue otra de las materias bien reexaminadas por el Comité que, estimó conveniente señalar que la consagración de este principio no afectaba ni condenaba jurídica y moralmente las leyes promulgadas en circunstancias excepcionales (98).

(97) Sin analizar sin embargo, el art. 12 del Proyecto que se remitía al art. 17 de la Declaración. En cuanto al derecho de propiedad que se inscribía en el pfo. 12 del art. 2 del Proyecto de Resolución. En la propuesta de Rolin, Layton, Ungood - Thomas, Elm-gren y Edberg, Doc. n° 77, Rapport n° 80 à 86, 88 à 94, Amendements y Comptes Rendu n° 18, en Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 255-256. Se habían mostrado a favor de la supresión de este derecho y su sustitución por otros derechos de carácter social que según los redactores de esta propuesta se omitían. El derecho al descanso y al tiempo libre conforme al art. 24 de la misma Declaración, y el derecho a un nivel de vida suficiente conforme al art. 25 de la Declaración. Esta propuesta se basaba en el hecho de que los Estados europeos debían limitar inicialmente el control internacional respecto de aquellos actos que eran imprescindibles para la realización de los fines esenciales del Consejo de Europa, y también entendían que su regulación en materia dado que esta materia sería objeto de discusión por tratarse de una cuestión de política interna.

(98) Se refería a la legislación promulgada con motivo de la Segunda Guerra Mundial. Véase Rec. Trav. Prep. vol. 1, pág. 63.

Pese a ello, no faltó algún delegado - sueco - que de sease hacer constar que la exigibilidad de la aplicación de una ley penal internacional no debiera de ser válida mientras no se hubiese incorporado a la ley nacional (99). En la remodelación del texto examinado por el Comité se trató de expresar claramente la salvaguarda de las instituciones democráticas de los Estados signatarios, si bien se polemizó bastante en torno al derecho a elecciones libres (100).

En todo caso, fue un acierto del Comité el descartar la posibilidad de que el Tribunal europeo gozase de competencia para examinar esa clase de violaciones de las instituciones de mocráticas. En cambio, resultó ser una buena aportación del Comité la remodelación del ejercicio y disfrute de los derechos y libertades, considerando necesario añadir dos causas que justificaban las restricciones previstas en el texto del Proyecto:

La seguridad e integridad nacional -propuesta por el de legado turco-, y el ejercicio de la administración de Justicia

(99) Se plantearon enmiendas al Comité en relación con la celebración de elecciones libres por entender que la definición de "sufragio universal" era difícil y por no considerarla como garantía absoluta de la democracia.

(100) Véase Rec. Trav. Prep. vol. 4, (Article 3, titre I variantes A, A/2, pp. 253-254.

Véase Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 77, 119, 137, 161, 169 y 209.

-propuesta por el delegado sueco- (101).

2. Concreciones sobre el sistema de protección.

Es de notar, a su vez, la intervención y modificación del Comité en lo que concierne a la "garantía colectiva" inspirándose en el entonces proyecto, procuró asegurar al Estado frente a las actividades que atentasen contra los derechos y libertades democráticos (102).

En relación con la finalidad de la garantía colectiva, el Comité estimó necesario suprimir la referencia al artículo 38 (c) del Estatuto del T.I.J. cuando se alude "a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Consideró equívoca esta referencia, pues la alusión del C.E.D.H. a los principios generales tiene más bien en cuenta los principios que los Estados aplican en la esfera de su actividad interna y no su aplicación en el ámbito internacional (103).

(101) Quien solicitaba que se previera la regulación de supuestos de Vagabundeo y alcoholismo incluyéndolas en la noción de moral y orden público.
Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 75-99.

(102) Véase la propuesta del delegado turco intervención de Yetkin, Ibidem, pp. 125-129.

(103) Doc. 77 de la Asamblea Consultiva 5 Septiembre 1949 pp. 197-209, en concreto punto 15. A propuesta de Rolin, la Comisión había precisado: "la garantie collective aurait pour objet d'assurer la conformité de la législation édictée par chaque Etat et de l'application de cette

D) REFERENCIA A LOS ORGANOS DE CONTROL DE LA PROTECCION Y DE LA REPARACION.

Los órganos de control fueron objeto, asimismo, de arduos debates en el seno del Comité (104). Se repitieron las acaloradas discusiones habidas en la Asamblea Consultiva, en la que varios Estados se mostraron contrarios a la creación del Tribunal europeo (105). Y el Comité se preocupó, también, de evitar que la composición de la Comisión revistiera un carácter esencialmente político. En este sentido, es curioso observar que el representante francés propuso que los miembros de la Comisión fuesen elegidos por el Tribunal.

1. Composición y competencia de la Comisión.

La opinión dominante, en cambio, consistía en encargar al Comité de Ministros de la elección de los miembros de la Comisión, en función de una lista de nombres que le sería presentada por la Asamblea.

La competencia de la Comisión era un tema importante, y

.../..

legislation aux "principes généraux du droit reconnus par les Nations civilisées principes qui, aux termes de l'article 38 (IC) du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, constituent l'une des sources du droit de gens" (art. 7) véase Rec. Trav. Prep. vol. 1, pág. 223, 279, 281, en concreto pp. 233. En vol. 2, pp. 58 y 144. Véase también vol. 3, pp. 305.

(104) Luxemburgo, Noruega, Dinamarca, Turquía, Grecia y Reino Unido, sin embargo, por considerarla una cuestión eminentemente jurídica el Comité no la abordó. Ibidem, pp. 227-229.

(105) El Comité propuso estas dos alternativas en el art. 12, supeditándose la de la elección por el Tribunal de los miembros de la Comisión a que éste se estableciera. En cuanto al mandato de los miembros el Comité estableció igual periodo de mandato para los dos órganos. El Comité estaba deseoso de vincular desde el punto de vista administrativo a la Comisión, al Consejo, en el art. 14 en el proyecto se había fijado el recurso directamente a la Comisión art. 11 del Proyecto. En Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 185, 187, 203, 287.

el Comité consideró necesario perfilar la definición de las personas capacitadas para recurrir a la Comisión. Era ineludible que quedase estipulado quienes tenían acceso a la Comisión y su actuación a través del Secretario General a quien debían dirigirse. Teniendo en cuenta las partes que podrían suscitar los litigios, se substituyó el término de "conciliación", que figuraba en el artículo 15 del Proyecto, por considerar que la expresión "arreglo amistoso" se adecuaba más a los supuestos en que las partes litigantes fuesen Estado y particulares (106).

El Comité, deseando facilitar una segunda oportunidad de conciliación, a través del Comité de Ministros, consideró necesaria la no publicación del Informe de la Comisión hasta que hubiese fracasado el segundo intento de conciliación (107). Sin embargo, se mantuvo la facultad de los miembros de la Comisión de hacer constar expresamente su opinión en el caso de no compartir el criterio adoptado por el Informe. Este hecho no comprometía la autoridad del Informe, y se facultó a la Comisión para emitir Informe en los supuestos en que el asunto no fuese trasladado al Tribunal.

(106) Véase Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 243 - 247.

(107) El art. 16 del Proyecto facultaba, en cambio, a la Comisión para publicar el Informe. Se reguló específicamente la modalidad del voto, cuestión que no se había planteado hasta entonces.

Ibidem. pp. 49, 75, 123, 163, 211.

Fue merito propio del Comité el mantener la posibilidad de que el recurrente acudiera ante la Comisión sin asesoramiento legal. Deseaba evitar la intimidación o imposibilidad de ser representado en los supuestos en que existiera presión política en el país en cuestión (108).

La necesidad de asesoramiento legal había sido prevista por la Asamblea a modo de filtro de las reclamaciones. Pero el Comité entendió que la propia Comisión podría regular en su reglamento interno el modo de rechazar a la mayor brevedad las reclamaciones infundadas.

El Comité resolvió que el número de jueces fuese igual al de los Estados - Partes, a fin de conceder igualdad de oportunidades a todos los Estados y entendiendo que esta composición no afectaba en modo alguno al carácter de la función judicial. La Asamblea había estimado, en cambio, deseable, limitar a nueve el número de jueces, pensando que, de esta forma, se afirmaba más rotundamente el carácter judicial del órgano jurisdiccional, evitándose así el aspecto de un Consejo político de los Estados miembros (109).

Esta preocupación de la Asamblea, obtuvo cierta satisfacción, porque el Comité estableció la operatividad del Tribunal mediante salas de siete jueces, en las que formaría parte,

(108) Véase Rec. Trav. Prep. Vol. 3, pág. 327.
Vol. 4, pp. 69, 153, 195, 229, 241, 285.
Vol. 5, pp. 86, 98, 102, 104, 116, 132, 156.

(109) Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 181, 191, 211.

como juez de oficio, el juez nacional del Estado demandado para que defendiese su posición (110).

2. La competencia del Tribunal.

La competencia del Tribunal mereció atención especial del Comité, sobre la cual manifestó con firmeza ciertos principios:

- 1) Su falta de competencia en materia de violaciones del artículo 3 del Proyecto, la "salvaguarda de las instituciones democráticas", así como para sancionar los actos legislativos, en cuanto que infringiesen el Convenio. "No se trata en estos supuestos de solucionar, mediante una sentencia, las medidas que se tomarán; para remediarlo procederán medidas de naturaleza exclusivamente política" (111).
- 2) La negativa del acceso del particular al Tribunal, si bien sus intereses serían defendidos, en cualquier caso, por la Comisión si se trasladaba el asunto ante el Tribunal o era presentado por un Es-

(110) El art. 43 del Convenio prevee que firme parte de oficio de la Sala del Tribunal el juez nacional del Estado demandado. Véase Recueil des Textes, pág. 111.

(111) Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 14, 28, 38, 72, 92, 138, 162, 188 y 190. Ibidem, vol. 4, pág. 45.

tado, ya que el Tribunal tendría competencia, según el Comité, para examinar los supuestos de violación de derechos individuales (112).

3. La competencia del Tribunal en materia de reparación.

Singular trascendencia reviste la actitud del Comité sobre la posibilidad de conferir al Tribunal competencia en materia de reparación. Este tema fue objeto de certera reflexión por parte del Comité:

"Esta disposición es conforme al Derecho internacional en vigor en materia de violación de una obligación internacional por parte de un Estado. La jurisprudencia del Tribunal europeo no aportará sobre este punto ningún elemento nuevo o contrario al Derecho internacional vigente.

El Tribunal no tendrá el poder de anular o modificar los actos que emanen de los órganos públicos de los Estados signatarios" (113).

Se prevee, en cambio, que el Comité de Ministros se encargue de vigilar la ejecución de las sentencias del Tribunal. Se procuró evitar, al menos teóricamente, un conflicto de ju-

(112) Rec. Trav. Prep. vol. 4, pág. 45 y pág. 163. Véase opinión de la Comisión de Cuestiones Jurídicas, respecto del derecho de recurso individual. Ibidem, pág. 185.

(113) Rec. Trav. Prep. vol. 4, pág. 45.
Rec. Trav. Prep. vol. 5, pp. 249, 301 y pág. 303.
En concreto vol. 4, pág. 45.

jurisdicciones entre el Tribunal europeo y el T.I.J. La posible intervención del Tribunal Internacional de Justicia se prevee como necesaria en los supuestos en que los Estados quisieran dar preferencia al T.I.J., para actuar con respecto a la aplicación del Convenio. Se requeriría en cualquier caso, "el acuerdo" entre los Estados interesados. En su defecto, se remitiría el litigio al Tribunal europeo, por tratarse de una jurisdicción especial cuya competencia derogaría la competencia general del T.I.J. (114).

El Comité excluyó, en cambio, la posibilidad de que el Tribunal controlase a la Comisión.⁽¹¹⁵⁾ No se estimó como una "medida útil". Antes bien, se juzgó incompatible con las funciones "elevadas" que le eran confiadas a la Comisión; como garantía de su buen funcionamiento, se había ya previsto el sistema de elección de los miembros de la misma (116).

-
- (114) Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 226 y 258.
 Rec. Trav. Prep. vol. 2, pág. 158.
 Rec. Trav. Prep. vol. 3, pp. 18, 24, 232, 246, 266, 276.
- (115) Se incluyó una nueva cláusula art. 42, conocida como la "cláusula colonial" para respetar la autonomía reservada en la materia a determinados territorios de ultramar, cláusula que fué defendida especialmente por Inglaterra que la propuso a fin de evitar posibles problemas constitucionales internos y a la vez facilitar la ratificación del Convenio. En Rec. Trav. Prep. vol. 2, pp. 259-279.
- (116) El art. 28 del Proyecto había previsto esta facultad. En cuanto de la composición, véase Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 190, 210, vol. 2, pp. 6, 184, vol. 5, pp. 86, 130, 156, 186. En cuanto elección de miembros véase vol. 3, pp. 21, 213, 227, 241, 297, 327 y vol. 5, pp. 86, 130, 156 y 186.

A pesar de su ardua elaboración, el Convenio puede afirmarse que fué redactado en un lapso breve de tiempo.

"Fué el primer intento sobre una base regional, para crear un instrumento internacional que contuviera definiciones, obligaciones recíprocas y un sistema de control" (117).

(117) Véase Mikaelson, L.: "European protection of human rights" Alphen aan den Rijn, 1980, agrega: "The system is, however to a certain extent dependent on specific declarations by the States, so it is difficult to characterize the machinery as one system". Ob. cit. pág. 13.

130'

P A R T E S E G U N D A

PARTE SEGUNDA

I

LA PROTECCION JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS
ORDENAMIENTOS NACIONALES EUROPEOS DE CONFORMIDAD CON
EL CONVENIO EUROPEO.

A) Protección en el ámbito nacional.

1. Métodos internos de protección jurídica.
2. El derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional.
 - a) El artículo 13 del Convenio europeo como garantía interna.
 - b) Naturaleza e interpretación de la garantía internacional.
 - c) Interconexión del artículo 13 con la privación de libertad (artículo 5 párrafo 4°).
 - d) La necesaria efectividad de los recursos internos.
 - e) Supuesta aplicación directa del Convenio en razón del artículo 13.
 - f) El derecho a una buena administración de justicia y el artículo 13.

B) Protección en el ámbito regional europeo: El derecho de recurso individual.

1. Antecedentes jurídicos del derecho de recurso individual.

II

- a) La Protección Diplomática.
 - b) Intervenciones de Humanidad.
 - c) La Protección de minorías.
 - d) La Protección del individuo en otros textos internacionales universales.
2. Análisis de los principios básicos del derecho de recurso individual.
- a) Fórmula jurídica del control jurisdiccional.
 - b) El derecho de recurso individual ante una instancia europea.
 - c) El recurso individual y la Comisión europea de Derechos Humanos.
 - d) Caracter facultativo de la competencia jurídica de la Comisión.
 - e) Calificación jurídica de la demanda individual.
 - f) La persona humana como parte en el procedimiento internacional y las condiciones de ejercicio de su legitimación activa:
 - a') Calificación del derecho de recurso individual.
 - b') Aceptación del Estado.
 - c') Sujetos legitimados para el ejercicio del derecho de recurso individual.
 - d') La Condición de víctima.
 - e') Noción de víctima directa, indirecta y potencial: Interpretaciones de la Comisión y del Tribunal europeos de Derechos Humanos.
 - 1. Interpretación extensiva de la Comisión.

III

2. El concepto de víctima indirecta.
3. El interés meramente genérico del recurrente.
4. El ejercicio de una "actio popularis".
5. Interpretación restrictiva.
6. La noción de víctima potencial.
7. Facultad del Tribunal de interpretar la noción de víctima del artículo 25.

f') Libertad e independencia del particular en el ejercicio de su derecho.

C) Normas esenciales de los órganos fiscalizadores y de decisión sobre los derechos de reclamación y de reparación individuales.

1. La Comisión europea de Derechos Humanos.
 - a) Naturaleza jurídica y el acceso directo de las personas físicas y jurídicas.
 - b) Composición y funcionamiento como órgano de encuesta y conciliación.
 1. La legitimación activa y pasiva ante la Comisión. Diferentes requisitos según se trate de demandas interestatales o individuales.
 2. La formulación de la demanda.
 3. El Plazo para su presentación.
2. El Tribunal europeo de Derechos Humanos.
 - a) Composición y la responsabilidad relativa a la protección individual y la reparación.
 - b) Competencia y procedimiento del Tribunal.

1. Competencia "Ratione Personae": Las Partes ante el Tribunal.
 2. El particular y la carencia de "locus standi" ante el Tribunal.
 3. Competencia "Ratione Materiae".
 4. Procedimiento ante el Tribunal.
 5. La Sentencia del Tribunal.
3. El Comité de Ministros.
- a) Composición y aspectos jurídico-políticos de su funcionamiento.
 - b) Competencia, procedimiento y facultades relacionadas con el derecho de reparación.
 1. La función decisora del art. 32.
 2. La función conciliadora.
 3. La función de ejecución de la sentencia.

PARTE SEGUNDA (I)

LA PROTECCION JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES EUROPEOS DE CONFORMIDAD CON EL CONVENIO EUROPEO.

PROTECCION EN EL AMBITO NACIONAL.

A. Métodos internos de protección jurídica.

El propósito de conseguir la eficacia real de los derechos humanos es un viejo ideal del Occidente europeo que se encuentra en vías de realización. La efectividad jurídica se puede alcanzar merced a los ordenamientos interno e internacional, o bien por medio de la coordinación superior de ambos, basada en la voluntad de los Estados. La protección individual en el ámbito nacional, es llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales regulares o bien por órganos específicos (Ombudsman). Los órganos internos han de asegurar la garantía de los derechos inherentes al individuo, recogidos ya no exclusivamente en los textos legales internos, sino en otros de carácter convencional internacional sean, estos, de carácter declarativo o dispositivo.

Al lado de la protección jurídica nacional puede existir y coadyuvar a su realización efectiva un sistema supletorio, complementario o superior jerárquicamente. Es la protección jurídica de carácter internacional que actuará en garantía de los derechos de la persona cuando la tutela interna fuere inoperante o insuficiente. Por ello se habla y es bien conocido el fenómeno denominado "interconexión" entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional (1). En este sentido, el Comité,

(1) Lauterpacht, H.: "The development of International Law by the international Court". Londres 1958. Sobre concepto, pág. 361.

de Ministros del Consejo de Europa, se preocupó, en su 61 Sesión (1977), de la puesta en práctica en el ámbito del Convenio europeo de esa interrelación jurídica de forma que se manifestase tanto en el examen previo de las disposiciones internas, como en la fase de su ejecución. Se propuso, entonces, realizar un estudio conjunto de las posiciones europeas relativas a la protección y a la promoción de los derechos humanos como elemento básico de las relaciones internacionales (estudio que fue confiado por el Comité a sus Delegados).

La importancia técnico-jurídica y pragmática de la interconexión señalada es bien patente en el Convenio europeo. Se nos presenta como un freno, un mecanismo moderador, un "freno razonado y razonable" (2), eficaz frente al libre arbitrio de los Poderes públicos estatales y, por ello, se dice que el estilo del Convenio es un estilo concreto y directo impulsado por una voluntad real de precisión (3).

Los métodos internos de la protección jurídica de los derechos individuales son diversos y múltiples. Varían según la evolución histórica del sentimiento jurídico de cada país y el grado del respeto atribuido a la persona humana.

Sin intentar hacer clasificación alguna, nos interesa recapitular las notas y tipos característicos de los diversos

(2) Sibert, M.: "Traité de Droit International Public". París, 1951, pp. 427-435.

(3) Heraud, G.: "Les droits garantis par la Convention" en "La Protection Internationale des Droits et l'Homme dans la cadre européen", París 1960, pp. 106-126.

métodos, porque han de ser motivo de explicación y adaptación positiva cuando se vean sometidos a la jerarquía convencional superior que dimana del Convenio europeo. Y, al margen de la identidad de cada uno de los prototipos nacionales, subyace en todos ellos el afán de tutelar en justicia la vida humana. De esta forma se concibe la trascendencia jurídica del tema, hasta el punto de asignarsele la expresión de la "jurisdicción constitucional de la libertad" (4), base ineludible de la aplicación de los principios del Convenio.

Los medios y procedimientos internos más usuales de la protección jurídica de los derechos humanos acostumbran a ser los remedios o recursos procesales que garantizan y tutelan los derechos civiles ordinarios y que pueden ser utilizados indirectamente para proteger los derechos fundamentales. En esta categoría se comprenden los procesos ordinarios, civiles, penales, justicia administrativa.

Al lado de esta clase de recursos, existen otros instrumentos o vías complementarias: que, aún no habiendo sido establecidos para la protección de los derechos humanos sirven e intervienen para sancionar las violaciones consumadas en dicha materia. Se configuran como medios procesales y represivos. Los procesos políticos de responsabilidad a altos funcionarios, la responsabilidad económica del Estado de sus agentes etc, cuando se atente contra los Derechos fundamentales de los gobernados.

Estos medios procesales específicos se establecen para garantizar la protección directa, rápida y eficaz de los dere-

(4) Capelletti, M.: "La Jurisdicción Constitucional de la Libertad". Traducción de Fix Zamudio, H., México, 1961, pp. 1-168.

chos fundamentales y conllevan la reparación, pues en tales casos no basta la mera sanción sino que se trata de restablecer al demandante en el disfrute de los derechos lesionados. Es el restablecimiento de la situación merced a la reparación. En esta clase de medios o instrumentos de procedimiento que garantizan la protección directa de los derechos humanos se pueden incluir los siguientes instrumentos procesales:

- 1) El "habeas corpus".
- 2) Recurso de amparo.
- 3) El control judicial de la constitucionalidad de las leyes, cuando hayan sido lesionados los derechos públicos subjetivos de los demandantes.
- 4) Determinadas vías de recursos específicos en el Derecho europeo continental:
 - Verfassungsbeschwerde del Derecho alemán.
 - Beschwerde de la legislación austríaca.
 - Staatsrechtliche Beschwerde de la legislación suiza.
- 5) En la Commonwealth británica y en ciertos países de Iberoamérica se han introducido, mediante transformación, determinados recursos tradicionales anglo-americanos que han servido de instrumentos específicos de protección de los derechos humanos como: Writs of Injunction y los Mandamus. Existen, también, en diversos ordenamientos internos, otros

recursos, medios e instrumentos de garantía de gran relevancia jurídica relevantes aun sin revestir carácter jurisdiccional y, por tanto, sin que sean verdaderos recursos procesales. Sobresalen, en este sentido, dos construcciones jurídicas para garantizar los derechos fundamentales:

- a) Ombudsman escandinavo adoptado por numerosos países (R.F.A., Gran Bretaña, Nueva Zelanda, España, etc.), que carece evidentemente de funciones "jurisdiccionales" o "contenciosas".
- b) Prokuratura de origen soviético e instaurado en los países socialistas y soviéticos (5).

B. El derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional.

El procedimiento de garantía del libre disfrute individual de los derechos humanos se fundamenta, esencialmente, en el principio del artículo 13 del Convenio que dispone:

"Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso

(5) Fix - Zamudio, H.: "La Protección de los derechos humanos in foro interno" en "Miscellanea Ganshof van der Meersch", Bruselas, 1972, t. III, pp. 107-144, en concreto, pp. 143-144.

efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales" (6).

El objetivo de la efectividad configura la substancia normativa del artículo 13. Esta finalidad fue bien esclarecida por el Ponente Teitgen en su célebre alocución ante la Asamblea Consultiva (19 de Agosto de 1949).

El ponente después de invocar a Montesquieu ("Donde hay poder existe la tentación de abusar de él") subrayó la necesidad de otorgar un remedio efectivo, a nivel nacional que, protegiese al individuo frente a cualquier abuso de poder, por parte de los órganos estatales (7).

La misma preocupación había sido ya objeto de buena deliberación por parte del Instituto de Derecho Internacional. En la sesión de Lausana, celebrada el 9 de agosto de 1947, debatió el tema de "los derechos fundamentales del hombre, base de una restauración del Derecho internacional". Y el punto primero del Informe de De Visscher declaraba (8).

(6) Recueil des textes, pág. 104.

(7) Assemblée Consultative 1^{ère} Session. En Recueil des Travaux préparatoires, vol. I, pág. 285.

(8) Resoluciones del Instituto de Derecho internacional (1873-1956) página 1 y ss. Ver también Annuaire 1947 vol. 41, pp. 152 - 190, 258 - 260. Rapport de De Visscher, pág. 1-13. I.D.I.
1) En 1921 en su sesión de Roma: "Les Etats ont des devoirs, au regard non seulement des autres Etats, mais des hommes".

"que el reconocimiento y el respeto de los derechos inherentes a la persona humana están íntimamente conectados con el progreso del derecho de Gentes".

La misma línea de pensamiento y en el mismo año, mes de Diciembre, se manifestó en el seno de la Comisión de Derechos humanos de las Naciones Unidas (9). El Informe de la Comisión proponía:

.../...

2) En su declaración de los derechos internacionales del hombre que proclama:

"La reconnaissance à l'individu des droits sous-traités à toute atteinte de la part de l'Etat".

En 1944, el Hudson Committee formula en su Droit International de l'avenir: "chaque Etat a le devoir juridique de veiller à ce que les conditions existant sur son territoire ne constituent pas un danger pour la paix internationale; à cette fin il doit traiter sa propre population d'une manière qui ne constitue pas une violation des principes d'humanité et de justice ou un défi à la conscience du monde". Véase textos de los Proyectos de las Declaraciones del Instituto de Derecho Internacional en Annuaire del I.I.D.I., 1921, vol. 28, pp. 207 y siguientes.

Respecto del Hudson Committee véase A.J.I.L. Abril 1944, pp. 55-56 y en RGDI, 1959, pág. 682.

- (9) Informe de la Comisión E/600 del 17 de Diciembre de 1947, pág. 36, y véase: Compte Rendu Analytique de la 92 Sesión de la 3ª Comisión doc. ONU A/C.3/SR.92, 4 Octubre 1948 pág. 13. Véase Mertens, P.: ob. cit. pág. 43.

"Los derechos del hombre se escapan de la denominada competencia exclusiva de los Estados y se convierten en una cuestión, que por su propia naturaleza, pertenece al orden público internacional".

El Informe De Visscher al Instituto de Derecho Internacional no se limitó a enunciar de modo genérico el principio básico señalado, sino que ofrecía, a su vez, una serie de desarrollos indispensables y complementarios. El reconocimiento y el respeto de los derechos inherentes a la persona humana, se consideraba como la base de "toda concepción funcional del Poder", cuyo título esencial se asienta en la realización de los derechos individuales y sociales de la persona humana.

La difusión de esta idea constituiría un elemento moderador del Poder y "mantendrá al Estado en su misión protegiéndole de la tendencia de quienes ostentan el poder de abusar del mismo" (Punto II). Esta "concepción funcional" del Estado asentada en el "respeto de la persona humana" en el orden interno es la mayor custodia e inseparable de la eficacia necesaria del orden jurídico-internacional (Punto III). Por ello, el hecho de proclamar derechos humanos en un orden jurídico determinado lleva consigo la necesidad de asegurar su eficacia. "Proclamar el respeto de los derechos de la persona humana sin asegurar su eficacia mediante medidas de garantía es insuficiente tanto en el orden internacional como en el orden interno" (Punto IV) (10).

(10) Resoluciones del Instituto de Derecho Internacional (1873-1956) pp. 1 y ss. Ver también *Annuaire* 1947 vol. 41, pp. 152-190, 258-260. Rapport de De Visscher, pp. 1-13.

Ese repertorio de ideas fundamentales compartidas por el Instituto de D.I. constituye el núcleo cardinal del artículo 13 del Convenio que impone a los Estados la obligación de dotar de recursos eficaces a su ordenamiento interno. La efectividad del respeto debido a la persona en el orden interno está, pues, sometido en el Convenio al examen y control de órganos internacionales. Corresponde a la Comisión el "control activo sobre los actos legislativos, administrativos y judiciales de los Estados siempre que dichos actos resultasen incompatibles con el Convenio" (11).

La vigilancia e inspección confiadas a la Comisión han sido calificadas de "control político" (12), porque ejerce funciones decisorias sobre la admisibilidad de las reclamaciones que le fueren presentadas. Se ha visto en ese control una especie de "función jurisdiccional". Desempeña en cierto sentido "el papel de juez". Y por ello, bien puede considerarse a la Comisión como el "principal artífice del sistema de garantía" de los derechos del hombre (13).

Sin embargo, hay que descartar que esa misión revista una naturaleza jurídica judicial.

(11) Annuaire de l'Institut D.I. 1921, vol. 28, pp. 207 y ss.

(12) Spatafora, E.: "La Regola del Previo Esaurimento dei Ricorsi Interni nella Giurisprudenza della Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo". En Rivista di Diritto Europeo. Anno XI, 1971, pp. 101 y ss.

(13) Derecho a disponer de un recurso. Véase Vasak K. en "Les dimensions internationales de droits de l'homme". Nueva York, UNESCO, 1978, pp. 173-174.

1. El artículo 13 del Convenio europeo como garantía interna.

Los órganos de vigilancia y control del propio Convenio son los llamados a examinar y decidir la posible aplicación de la regla del artículo 13. Esta aplicación se halla, a su vez, condicionada por las reglas convencionales reguladoras de la propia competencia de los citados órganos. De ahí que la invocación del artículo 13 hace entrar en juego las reglas generales de admisibilidad de las reclamaciones.

Ante todo, la Comisión tiene que verificar la compatibilidad de la reclamación con el Convenio. No se puede invocar la protección de un derecho que no esté incluido en el ámbito jurídico del Convenio. Y no es éste el condicionamiento único de la aplicación del artículo 13. Porque, además de la compatibilidad la alegación presentada no ha de estar mal fundada, ni ser abusiva. Existe una clara interconexión del artículo 13, con el artículo 27 (2). Este texto dispone:

"La Comisión considerará inadmisibile cualquier demanda presentada por aplicación del artículo 25, cuando la estime incompatible con las disposiciones del presente Convenio, manifiestamente mal fundada o abusiva".

La incompatibilidad "ratione materiae" la confirmó de modo concreto la Comisión en el asunto 6753/74, proclamando que la disposición comentada se refiere al derecho a un recurso relacionado con la violación de uno de los derechos establecidos por el Convenio (14). El mismo principio fue reiterado de for-

(14) Recueil des textes pág. 108. Y Décisions et Rapports. Commission européenne des droits de l'homme. vol. 2, pág. 118.

ma explícita en el asunto "Huber contra Austria" (15). Se aclaró la íntima conexión del derecho del artículo 13 con los derechos y libertades específicos del Convenio (16).

Esta construcción científico-práctica de la Comisión no deja lugar a duda alguna sobre el funcionamiento condicionado del artículo 13:

"El derecho solo se halla protegido en el supuesto de violación de uno de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio" (17).

En consecuencia, la Comisión únicamente examinará la invocación del artículo 13 si el demandante alega al mismo tiempo una violación concreta de cualesquiera de los derechos garantizados.

Nos parece exacto afirmar, por tanto, la existencia de una gran interdependencia de la regla del artículo 13 con las otras disposiciones del Convenio incluidas en la Sección I del

(15) Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme. Vol. XIV, pp. 548 y ss. en concreto p. 570.

(16) Asunto n° 3798/68 en Annuaire..., vol. XII, pág. 306 y ss. en concreto pág. 316. En este caso se planteaba la aplicación de derechos corporativos.

(17) Asunto n° 2717/66 en Annuaire..., vol. XIII, pp. 176 y ss. en concreto pág. 198.

texto europeo. Esta declaración de interconexión jurídica es válida tanto para la cuestión de la admisibilidad de las demandas como para las decisiones relativas al fondo del asunto. La falta, al menos, de una aparente violación hace desaparecer la base que justifique la aplicación del artículo 13 al supuesto en cuestión e induce a la Comisión a declarar su inadmisibilidad en base al artículo 27 (2) (Asuntos "Handyside contra Gran Bretaña" y "Huber contra Austria") (18).

La motivación de esta construcción jurídica de la Comisión no es siempre indiscutible, ni, a veces, demasiado clara.

La Comisión nos ofrece una fundamentación suficiente de la utilidad de dicha interpretación. Pudiera parecer, a primera vista, que desde el momento en que el demandante prueba ser víctima de una violación de un derecho positivo garantizado por el Convenio, las consecuencias de la reparación a la que tuviere derecho serían las mismas, con independencia de que hubiese invocado o no el artículo 13.

(18) Asunto n° 5493/72 en *Annuaire...*, vol. XVII, pág. 228 y ss, en concreto nág. 300.
Asunto n° 4607/70 en *Annuaire...*, vol. XIV, pp. 634 y ss, en concreto nág. 660.
Asunto n° 4517/70 en *Annuaire...*, vol. XIV pp. 548 y ss, en concreto pag. 570.

El asunto n° 5493/72 se refería a la alegación de los arts. 9 y 14 del Convenio, que garantizan respectivamente la libertad de pensamiento y expresión y la prohibición de un trato discriminatorio. Al ser declaradas manifiestamente mal fundadas dichas reclamaciones. El art. 1 del Protocolo I (el derecho a la propiedad) y el derecho a la libre expresión también invocados fueron asimismo descartados por la Comisión, y respecto de las dos últimas alegaciones fue descartada su aplicación. En los otros dos supuestos también se descartó, por ausencia de infracción, la aplicabilidad del artículo 13.

Esta explicación jurídica no nos parece satisfactoria, de acuerdo con el espíritu del Convenio, porque si se interpretase de esta forma el citado artículo, no desempeñaría un papel excesivamente útil en los litigios ante los órganos del Convenio. Efectivamente si se aceptase la sencilla motivación de la Comisión, se podría desvirtuar la finalidad perseguida por la referida disposición.

En efecto, el artículo 13 exige, desde luego, la efectividad de los recursos internos. Y esta efectividad, es por sí sola, de gran importancia en todo el sistema de protección y en el desarrollo mismo del proceso de reparación. Y su interconexión con el artículo 27 párrafo 2. -admisión de demandas, buen fundamento y no incurrir en abuso de derecho-, nos lleva a valorar, a su vez, la relación del artículo 13 con la necesidad del agotamiento de los recursos-artículo 26 que examinamos más adelante.

Precisamente, en esa óptica de relaciones e interconexiones, encontramos la importancia teórico-práctica del artículo 13. Es primordial, por un lado, que el individuo tenga en su defensa recursos efectivos ante las instancias nacionales. En caso negativo no procedería la exigencia absoluta, más tarde, del agotamiento de los recursos internos (artículo 26). Decir que la utilidad de recursos efectivos es relativa si no van acompañados de otra violación supone olvidar completamente la lucha de tantos años por el progreso conseguido con el Convenio: que los Estados no tengan, ni se excedan en la discrecionalidad, cuando las personas traten de alcanzar el respeto debido a sus derechos humanos.

Y por otra parte, el principio del agotamiento de los recursos internos alcanza todo su valor jurídico, justamente cuando se da en el ordenamiento interno toda una serie de re-

cursos efectivos en favor de la persona humana (19).

El contenido del derecho de un "recurso efectivo" interno debe interpretarse, por tanto, como la garantía que los Estados Partes tienen que ofrecer en su ámbito nacional para posibilitar las reclamaciones particulares, incluso cuando las propias autoridades internas en "funciones oficiales" hubiesen conculcado los derechos y libertades del Convenio. Las personas que no pudieran apelar ante una instancia nacional en la prosecución de los derechos humanos, encontrarán en el artículo 13 la garantía y justificación de su reclamación. El que se pretende víctima de cierta indefensión jurídica tiene a su alcance la regla y la vía adecuada para apelar a los órganos de control del sistema europeo (Asunto "Huber contra Austria") (20). La norma de los recursos efectivos reviste, pues, una gran significación. La interdependencia necesaria de la norma con otras obligaciones -alegar la violación de un derecho concreto- coadyuvará a poner fin, con más apremio, a la infracción y a la reparación del que haya sido víctima (21).

(19) La reclamación se refería a la ausencia de un recurso efectivo en el período de internamiento del recurrente para un tratamiento médico. La reclamación n°6852/74 fué presentada contra los Países Bajos. Véase Ercman S.: "European Convention on Human Rights guide to case law". Viena 1981, pág. 79.

(20) Asunto n°4517/70 en *Annuaire...*, vol. XIV, pp. 548 y 570.

(21) Ercman, S., señala: (13, 4) "Art. 13 must be interpreted as guaranteeing an effective remedy by a national authority to everyone who claims that his rights and freedoms under the Convention have been violated". Under art. 13 the applicant is entitled to have the subs-

Cuestión distinta es que en la práctica, los órganos del Convenio, se ven obligados con frecuencia, a examinar y declarar la aplicación o improcedencia de la regla del artículo 13, si no se confirma previamente la infracción de una obligación concreta del Convenio.

Lógicamente tiene carácter prioritario el examen de las alegaciones relativas a la violación del derecho o libertad que sea inapelable en el ámbito interno (22).

2. Naturaleza e interpretación de la garantía internacional.

La interpretación doctrinal y la aplicación práctica de

.../...

tance of his complaints under Art. 8 and 10, i.e. the lawfulness and the necessity of the seizure of the pornographic material, examined by a national authority - Although no immediate remedy was available to the applicant in relation to the decision of the Post Office, he had possibility to ensure that restriction of his rights were applied in conformity with the provisions of the Convention. (UK.7308/75).

En "European Convention Human Rights-guide to the case law", Viena 1981, pág. 243.

- (22) Asunto n° 4607/70 contra Gran Bretaña en *Annuaire...*, vol. XIV, pp. 634 y 660.
 Asunto n° 5877/72 contra Gran Bretaña en *Annuaire...*, vol. XVI, pp. 328 y 338.
 En el asunto Airey contra Irlanda. En *Annuaire...*, vol. XVI, pp. 328-338.

la regla establecida por el artículo 13 del Convenio (23) ha planteado la cuestión de su naturaleza jurídica, el carácter relativo o absoluto de su violación, su plena autonomía o a su condicionamiento por el propio Convenio. La Comisión y el Comité de Ministros se han inclinado por el criterio de la autonomía relativa de la citada norma. En efecto, cuando se procede al examen de las demandas interpuestas alegando una violación del artículo 13 (ausencia de recurso efectivo en el ámbito interno), se suele exigir siempre la concurrencia de otro requisito, de la pretendida existencia de una violación concreta de uno de los derechos definidos y garantizados por el Convenio.

El derecho a la concesión de un recurso efectivo ante las instancias nacionales en garantía de los derechos humanos constituye, desde luego, una de las disposiciones más relevantes del Convenio y del Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos (en su art. 2 p. 3º) (24).

-
- (23) Asunto n° 6753/74 en *Décisions et Rapports*, pág. 118, Asunto n° 3325/67 en *Annuaire...*, vol. X pág. 528 y *Recueil des Décisions*, 34, pág. 48.
 Asunto n° 4607/70 en *Recueil des Décisions*, 37, pág. 146 y Asuntos n° 4203/69 y n° 3485/68 en *Annuaire...*, vol. XIII y XII, pp. 836, 862 y 288, 298 respectivamente. En cuanto al Comité de Ministros véase *Resolution DH (71) 3* en *Annuaire...*, vol. XIV, pp. 902 y ss. y *Resolution DH (70) 1*. "Primer Asunto Griego" en *Annuaire...*, vol. XII, pág. 511.

- (24) Firmado en Nueva York el 16 de Diciembre de 1966, véase Carrillo Salcedo, J.A.: Ob. cit. pág. 135.

Esta protección de la libertad individual contra el abuso de poder se ha exaltado como una "conquista clave" (25).

Sin embargo la aplicación del artículo 13 no podrá realizarse de forma independiente (26). La violación de dicho artículo y por tanto, la ausencia de recurso efectivo será invocable frente al Estado que, a su vez, sea autor de una violación concreta del Convenio, es decir cuando puede entrar en juego la aplicación del artículo 50 concediendo a la víctima una indemnización.

La práctica observada por la Comisión es concluyente: la alegación de la violación del artículo 13 solo podrá resultar eficaz, si fuere acompañada de la invocación concreta de que otro derecho preciso hubiese sido asimismo violado. La necesaria existencia del "recurso efectivo" no se da tan solo en relación con la violación genérica de cualquier derecho subjetivo, sino con referencia precisa a los derechos específicamente protegidos por el Convenio (27).

(25) Robertson, A.H.: "Human Rights in Europe". Manchester 1977, pág. 107.

(26) Asuntos n° 2717/66 contra República Federal de Alemania, en *Annuaire...*, vol. XIII, pp. 176, 198. El recurrente reclamaba el derecho de apelación. Asimismo Asunto n° 5849/72, "Müller contra Austria" en el que el recurrente apelaba para obtener distintos grados de jurisdicción en el ámbito interno. En, *Décisions et Rapports*, I, pág. 46.

(27) Asunto n° 3798/68 contra Gran Bretaña, ente religioso reclamaba por un derecho que no le podía ser aplicado aunque se hallaba garantizado en el Convenio solo podía ser disfrutado por personas naturales. Todas las recla-

Esta exigencia convencional proviene del hecho de que la Comisión y el Tribunal no derivan de una "declaración genérica" tan amplia como la de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Existen, en este punto, diferencias dignas, según queda expuesto, de ser puestas de manifiesto entre la Declaración y el Convenio.

El artículo 13 del Convenio difiere de la disposición de la Declaración en que reconoce el derecho a un recurso efectivo únicamente ante las instancias nacionales, "que no deberán ser necesariamente jurisdiccionales" y la jurisdicción de los órganos europeos se fundamenta de forma exclusiva en "la serie restringida de derechos y libertades en que pudieron concertarse las Partes contratantes" (28).

La Doctrina ha criticado con severidad la interpretación de la Comisión en este aspecto (29). Y la clara inadecuación del elenco de derechos entonces proclamados e incluidos en el Convenio ha motivado la ampliación del ámbito material del mismo mediante la elaboración de su Protocolo VI (30).

.../...

maciones mencionadas las declaró incompatibles con el art. 27 (2). Respecto de la última véase en *Annuaire...*, cit. vol. XII, pp. 306-316.

- (28) Weil, G: "Decisions on Inadmissible Applications by the European Commission of Human Rights" en *A.J.I.L. Notes and Comments*. Vol. 54, Enero 1960, n° 1, pág. 880.
- (29) Vasak, K.: Ob. cit. pág. 28.
- (30) Carrillo Salcedo, J.A.: "El proyecto de protocolo adicional núm. 6 al convenio europeo de Derechos Humanos", en *R.I.E.*, vol. 9, n° 1, Enero-Abril 1982, pp. 75-85.

El artículo 13 contiene, en realidad, una garantía interna internacionalmente prevista y convertida en obligatoria por las propias Partes. Pero además, el Convenio establece un sistema de garantía, típicamente "internacionales" en sus títulos II y IV así como la normativa posteriormente desarrollada por los reglamentos de procedimiento emanados en virtud de los artículos 36 y 55 del convenio sobre los órganos creados al efecto: Comisión y Tribunal (31) y por las competencias conferidas al órgano político del Consejo de Europa.

En la dinámica de la aplicación del Convenio se ha visto la inoportunidad de proceder al examen de la cuestión de la reclamación, presentada en virtud del artículo 13, por estimar innecesario el examen de fondo de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la norma. La Comisión puede rechazar "a priori" la admisibilidad de la alegación. En este caso suele razonar que no es necesario su examen, por considerar suficiente el hecho de la declaración de responsabilidad del Estado, en virtud de la existencia de una violación que calificaremos de principal y que no procede por tanto analizar la cuestión de la efectividad o ineffectividad de los recursos internos, porque ello no añadiría nada más al recurrente después de la mencionada declaración.

El Tribunal europeo suele compartir este criterio de la Comisión. Esta actitud no nos parece satisfactoria, de conformidad con los votos particulares de varios jueces. Sería

(31) Sperduti, G.: "La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il suo sistema di Garanzia" en: Rivista de Diritto Internazionale, 1963. pp. 161, 175.

más lógico, jurídicamente examinar al menos inicialmente, la procedencia o improcedencia de la alegación relativa al artículo 13 y no rechazarla de plano, como hace la Comisión, cuando verifica la concurrencia de otra infracción del Convenio. Las dos infracciones son dignas de consideración jurídica. De lo contrario se restringe y se puede limitar notablemente la operatividad de la regla que prevee el derecho de recurso efectivo en el ámbito interno y cuya infracción origina la responsabilidad del Estado infractor y el derecho de la víctima a obtener la debida y adecuada reparación. Y en fin, de nuestra opinión, la ausencia de análisis del incumplimiento de la obligación dimanante del artículo 13 redundaría en beneficio del Estado infractor.

No se valoraría como es debido el contenido del precepto en claro detrimento del individuo, pues se le obliga a conformarse con la simple confirmación de una violación del Estado demandado con menosprecio de la otra infracción posible del artículo 13. Es de observar, que esa es, hasta ahora, la experiencia decisoria no solo de la Comisión, sino también del Tribunal europeo, el cual manifestó, aun en fecha reciente, en el asunto "Airey contra Irlanda" que no se aventajaría en nada la situación de la recurrente por el hecho de que el Tribunal procediera a examinar la violación del artículo 13 (32).

(32) Publications Cour Européenne des Droits de l'Homme. Affaire Airey. Série A. Arrêt du 9 octobre 1979, par. 34-35. En contra de esta tesis véase *Ibidem*; sobre el voto particular del Juez Evrigenis.

3. Interconexión del artículo 13 con la privación de libertad. (art. 5 párrafo 4°).

El derecho de acción individual que corresponde a "toda persona cuyos derechos y libertades" fundamentales hayan sido violados, esto es, la concesión de un recurso efectivo ante las instancias nacionales, regulado por el artículo 13, se nos presenta en el Convenio al lado de otro principio protector de gran trascendencia jurídica que ofrece a "toda persona privada de su libertad" el derecho a presentar "un recurso ante un tribunal". Este es el artículo 5 que garantiza a las personas el derecho a la libertad y a la seguridad, cuyo quebrantamiento da base a la "persona víctima" para tener "derecho a una reparación" (párrafos 4 y 5) (33).

Esta doble protección de la acción individual formula una cuestión jurídica de amplias consecuencias. ¿Es acaso lícito y posible que la persona pueda o no invocar conjuntamente los derechos que le confieren el artículo 5 (párrafo 4) y el artículo 13? La doctrina y la jurisprudencia no son unánimes.

El análisis teórico-práctico de los instrumentos jurídicos y la experiencia de las resoluciones de los órganos de control del Convenio nos dan una primera interpretación: el artículo 5 actuaría como "lex specialis", frente al principio general previsto en el artículo 13.

La persona víctima de arresto o detención ilegal, definida ésta por el Convenio, debe prevalecer - lo tiene que

(33) Véase Recueil des Textes, pp. 102-104 y 105-106.

limitarse? - al ejercicio del derecho que se le confiere de presentar un recurso "ante un tribunal" u órgano judicial, que ha de pronunciarse sobre la legalidad de la privación de libertad.

El principio del artículo 13 reviste, a primera vista, carácter general frente a la norma del párrafo 4 del artículo 5, (34). Esta conclusión se deduce, claramente, de la naturaleza específica del órgano interno al que se refieren dichos artículos.

El párrafo 4 del artículo 5 hace referencia explícita al carácter judicial del órgano al que podrá apelar el detenido o preso. La exigencia del mismo carácter judicial del órgano interno no puede en modo alguno, atribuirse a la regla del artículo 13.

El artículo 13 requiere la concesión de un recurso efectivo, pero éste ha de interponerse ante una "instancia nacional" que no tiene necesariamente que ser de naturaleza judicial. Esta concepción jurídica se ve confirmada por la práctica e interpretación de los órganos de Estrasburgo. Después de

(34) El artículo 5 en su párrafo 4 estipula:

"Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un tribunal, a fin de que éste se pronuncie en breve plazo acerca de la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal".

En cambio el artículo 13 dispone el derecho de la víctima:

"...a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

Véase Recueil des Textes, pág. 104.

analizar la regla han precisado que presupone la competencia de los tribunales, que quedan incluidos en la noción del artículo 13 cuando habla de una "instancia nacional" pero que el recurso efectivo "before a "national authority" ("instance national") no exige que se trate únicamente de órganos judiciales, tal cual es exigido explícitamente por los artículos 5 (4) y por el artículo 6 cuando se refieren a "un tribunal independiente e imparcial" (35).

Esta interpretación lleva, también, implícita la consecuencia jurídica: de que el recurso del artículo 13 puede ser efectivo y auténtico, sin necesidad, de tener que observar diferentes grados de orden jurisdiccional (36). Los órganos de control del Convenio han mostrado siempre en cambio, seria preocupación y observado atentamente la exigencia de que la "instancia nacional" ofrezca, sin género de dudas, las garantías de independencia e imparcialidad.

La elaboración teórico-práctica del Tribunal europeo confirma el criterio expuesto, cuando tuvo que aplicar el párrafo 4 del artículo 5 en el asunto "Winterwerp contra los Países Bajos" se trataba de la presunta violación del artículo 5

(35) Voto particular del Juez Zekia en la Sentencia de 21 de Febrero de 1975. Publ. Cour Eur. D.H. Série A. Vol. 18. "Affaire Golder", párr. 33, pág. 19.

(36) Nedjati, Z.M.: "Human rights under the European Convention", Amsterdam 1978, pp. 9-10.

Asunto n°5849/72, "Müller contra Austria", en Décisions et Rapports, 1, pp. 46-53.

(4): Acceso a un tribunal del recurrente, que fue internado en un establecimiento psiquiátrico, a petición de su esposa. El alcalde del municipio dictó la orden de privación de libertad como "medida de urgencia". El internamiento de tres semanas fue prolongado posteriormente debido a una "autorización provisional" de prórroga por seis semanas; transcurrido el plazo, la autorización del internamiento fue renovada anualmente. El recurrente, al no ser informado de ninguno de los procedimientos relativos a su internamiento, reclamaba por no haber tenido acceso a la justicia a fin de ser oído por las jurisdicciones que dictaron el internamiento; y por no haber dispuesto de asistencia legal gratuita.

El Tribunal declaró que el recurrente tenía derecho a un recurso ante un Tribunal para el esclarecimiento de la "legalidad de la detención". El Tribunal manifestó "que ninguna de las autoridades que intervinieron en el procedimiento presentaba los rasgos propios de un tribunal". Subrayó la necesidad de que la decisión fuese aprobada por un tribunal, y agregó que se precisaba asimismo, el respeto de las debidas garantías durante la celebración del procedimiento de conformidad con el artículo en cuestión. El procedimiento fue regular debido a que el recurrente careció de las "garantías procesales" exigidas, y no tuvo por tanto acceso a la justicia. El recurso para impugnar la medida de privación de libertad debía de elevarse ante la dirección del establecimiento psiquiátrico, y según el Tribunal era evidente que no podía calificarse ésta como un tribunal. En consecuencia, el Tribunal europeo declaró la violación del artículo 5 (4) (37).

(37) Sentencia en el Asunto Winterwerp contra Países Bajos del 24 de Octubre de 1979. El "officer van Justice" renovó la solicitud de prolongación del internamiento del

4. La necesaria efectividad de los recursos internos.

La invocación de pleno derecho de la regla sobre la concesión de un recurso efectivo requiere la comprobación de la falta de efectividad de las vías internas, la ineficacia de la regulación interna controvertida, que ésta sea inadecuada a las prescripciones del artículo 13. Esta posibilidad jurídica de disponer de medios efectivos, defensa en el orden interno concierne a todos los "derechos y libertades reconocidos" por el Convenio.

La falta de un recurso interno efectivo para impugnar la situación contraria a las disposiciones del Convenio, atenta contra la obligación de hacer que tienen los Estados-Partes, de poner al alcance de las personas todos los medios idóneos para que disfruten de un auténtico recurso en el ámbito nacional.

Esta falta de diligencia u omisión de las autoridades internas comporta la responsabilidad del Estado.

La Comisión nos ofrece una serie de criterios sobre la eficacia o ineficacia de los recursos internos: toma en cuenta cual sea la estricta obligación de los Estados Partes en relación con el artículo 13 y cuál haya sido la actuación de los órganos o autoridades internas competentes en el litigio.

.../..

recurrente: en ocasiones, fue la propia esposa del recurrente quien solicitó la nueva autorización del internamiento.
Publ. Cour Eur. D.H., Série A, n° 33, párs. 29, 36 a 38, 47-49 y 58 a 61.

El artículo 13 no prescribe, como señalamos, que el recurso de la víctima sea interpuesto ante órganos de carácter judicial, ni se exijan diferentes grados de jurisdicción, esto es, diversas instancias de apelación de carácter judicial.

En el asunto n° 2717/66, la Comisión interpretó que el artículo 13 no presupone el derecho a un recurso efectivo aisladamente considerado. La Comisión declaró inadmisible la reclamación porque el recurrente invocaba "el derecho de apelación ante tribunales ordinarios o ante un Tribunal constitucional", consideró que la reclamación era incompatible con el Convenio. La Comisión en estos supuestos rechaza la reclamación en virtud del artículo 27 (2) (38).

Lo que realmente prescribe el espíritu del Convenio es la efectividad y la garantía de imparcialidad e independencia de la instancia nacional que examine la legitimidad de la medida interna controvertida. De lo contrario carecería de sentido la disposición que nos ocupa. Es cierto que si los Estados preveen en sus ordenamientos jurídicos internos diversos grados de jurisdicción se hallarán comprometidos a garantizar su eficacia. El Convenio no exige a las Partes el establecimiento de un remedio inmediato para el supuesto controvertido. No se trata de un recurso directo previsto para la situación litigiosa. Basta con que el individuo pueda disponer de una vía interna ante la que pueda impugnar la substancia de la reclamación, de modo que se le ofrezca la posibilidad de que se revise la legitimidad de la medida recurrida.

(38) Asunto presentado contra la República Federal de Alemania. Véase *Annuaire...*, vol. XIII, pp. 200-238 y Asunto n° 2645/65 en *Annuaire...*, vol. XIV, pp. 902 y ss.

En el asunto 7308/75, el reclamante aducía la ausencia de un recurso efectivo para impugnar las medidas administrativas adoptadas (decisión de Correos) que le afectaban -la interferencia en su correspondencia-. La Comisión la consideró justificada en aras de la protección del interés social, puesto que las publicaciones confiscadas al recurrente fomentaban e inducían a la realización de actos penados en Gran Bretaña así como en las legislaciones internas de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa (39).

La Comisión declaró inadmisibles, asimismo, la invocación del párrafo 2º del artículo 6 que garantiza el derecho de las personas a que se les presuma inocentes hasta establecerse su culpabilidad en los supuestos y acusaciones en materia penal. Entendió que no concurría esta circunstancia en el asunto litigioso. Declaró asimismo la plena regularidad de las medidas restrictivas y comprobó la posibilidad de que gozaba el recurrente para apelar contra la decisión litigiosa, en el ámbito interno: aunque -el ordenamiento jurídico interno no preveía una acción directa, hubiera podido el recurrente mediante el ejercicio de otros recursos, obtener la revisión de la medida impugnada. Se deduce que la ausencia alegada de un recurso directo no es considerada procedente, siempre que el recurrente tenga la posibilidad de que se controle la regularidad de la restricción de que es objeto en el ámbito interno, control que deben efectuar autoridades independientes de las autoras o ejecutoras de la medida controvertida.

Por consiguiente, basta con que exista algún medio de re-

(39) Véase ERCMAN, S.: "Guide to case Law". Viena 1981, pág. 243.

curso interno para que al recurrente se le rechace la reclamación (40).

En los casos en que existan recursos ante las instancias nacionales, la Comisión procede a comprobar la competencia de los órganos u autoridades internas para analizar el contenido de la reclamación, en cuyo caso el recurrente debe proceder a apelar previamente ante dichas instancias.

En el Asunto n° 8010/77 que se refería a la competencia de dos tribunales ingleses en relación con la medida controvertida, se trataba de la revisión de la procedencia o improcedencia del despido. En este caso la Comisión declaró la competencia de los tribunales internos motivo que le obligó a rechazar la reclamación. En todos los supuestos en que la Comisión compruebe la competencia de las autoridades internas al recurrente compete el previo agotamiento de los recursos internos salvo en el supuesto de que llegue a probarse su ineficacia. La visión que al respecto adopte la Comisión suele ser compartida por el Comité de Ministros en los asuntos en que le compete la adopción de la decisión final, mediante la aprobación de la correspondiente Resolución (41).

(40) Asunto "Klass y otros contra la República Federal de Alemania". Sentencia de 6 de Septiembre de 1978. Publ. Cour Eur. D.H., Série A, n° 28, págs. 70-72.

(41) Sentencias de 18 de Junio de 1971 y de 6 de septiembre de 1978. Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12 párf. 60, pág. 33 y n° 28, párf. 21.

El Tribunal ha declarado la efectividad de los recursos internos entre otros, en los asuntos de "Vagabundeo" y "Klass" (42). En este litigio, el Tribunal confirmó la constatación de la efectividad en los siguientes términos:

"Si, d'après la G 10, l'adoption et l'exécution des mesures restrictives ne sont pas susceptibles de recours aux tribunaux, certains autres recours s'offrent à quiconque se croit surveillé: et lui est loisible de saisir la commission G 10 et la Cour constitutionnelle (43). A vrai dire, ces recours ont une effectivité relative et ne joueront en principe que dans des cas exceptionnels, mais en l'espèce on ne conçoit guère la possibilité de recours plus effectifs.

Aux termes de l'arrêt du 15 décembre 1970 de la Cour constitutionnelle fédérale, en revanche, l'autorité compétente doit aviser l'intéressé dès que les mesures de surveillance sont levées et que la notification peut s'opérer sans compromettre

(42) Ibidem, párrafos 21-23 y 70.

(43) Entre obras cabe citar la Resolución D.H. (71) 3 de 12 de Noviembre de 1971. Relativa al asunto n° 2645/65, "Scheichelbaner contra Austria" en Annuaire..., XIV, pp. 902 y ss. y en "Recueil des Résolutions du Comité des Ministres adoptées en application de l'article 32 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales 1959-1981. Estrasburgo 1981. Doc. H (81) 4.

le but de la restriction (44). A partir de cette notification, diverses voies de recours judiciaires - s'ouvrent à l'individu. Selon les renseignements fournis par le Gouvernement, il peut: par une action en constatation, faire rechercher par un tribunal administratif si la G 10 lui a été appliquée légitimement et si les mesures de surveillance ordonnés étaient conformes à la loi; introduire devant une juridiction civile une action en réparation s'il a subi un dommage; intenter une action en destruction ou, le cas échéant, en restitution de documents, en dernier lieu, si aucun de ces recours n'aboutit, se pourvoir devant la Cour constitutionnelle fédérale afin qu'elle statue sur la violation éventuelle de la Loi fondamentale (45).

Dès lors, la Cour considère que l'ensemble des recours prévus par la droit allemand remplit, dans les circonstances particulières de la cause, les exigences de l'article 13" (46).

En los supuestos en que comprueba la ineficacia de los recursos internos, los particulares quedan eximidos de los requisitos habituales relativos a la presentación de las demandas. No entrando en juego las reglas generales relativas a la admisibilidad. Al particular se le exime de la carga del agotamien-

(44) Ibidem, párrafos 11 y 19 de la Sentencia y párrafo 71.

(45) Ibidem, párr. 24.

(46) Ibidem, párr. 72.

to previo de los recursos internos, preceptivo en los restantes supuestos.

En el Asunto "Airey contra Irlanda" en cuanto a la violación del artículo 13 "derecho a un recurso efectivo" el Tribunal manifestó que, reconocido el derecho de la recurrente a obtener mediante un recurso la separación legal, quedaba admitida la obligación que se derivaba para el gobierno irlandés de facilitar dicho recurso (arts. 6 y 8, respectivamente). No era ya preciso examinar la presente alegación porque nada nuevo añadiría en favor de la recurrente (47).

Sin embargo la sumisión de un asunto ante los órganos de control del Convenio requiere, al menos, que se hayan dado las circunstancias internas que permitan pensar en la existencia o apariencia mínima de una cierta administración de justicia, la falta de las garantías necesarias del órgano ante quien se eleva el recurso: es decir, que se trate de un órgano irregular, o bien que el órgano goce de la regularidad exigida, pero que haya desconocido los derechos individuales fundamentales o bien hubiese menospreciado las garantías elementales de procedimiento. En el supuesto de que fuese un tribunal regular el órgano interno competente, este juicio solo podría calificarse de "seudo-juicio" porque no se produce una auténtica decisión de justicia.

En este caso la autoridad interna debe ser controlada y el individuo declarado víctima por la Comisión. Puede lograr que su asunto sea elevado ante el Tribunal europeo por la in-

(47) Sentencia de 9 de Octubre de 1979. Párrafos 34-35, pág. 14.

fracción de sus derechos cometida por el tribunal u autoridad competente y con el fin de que el Estado responda por la omisión o por la parodia de justicia a la que se ha sometido a la víctima.

La causa no se elevaría en cambio al Tribunal, en el supuesto de que la autoridad interna competente hubiese dictado una decisión en la que se hubiera producido un error fáctico o jurídico. La mediación de error en la decisión interna no supone que al recurrente se le confiera el acceso ante la instancia europea (48).

5. Supuesta aplicación directa del Convenio en razón del artículo 13.

El artículo 13 se ha esgrimido como argumento en favor de la supuesta aplicación directa del Convenio en el ámbito interno de los ordenamientos nacionales de los Estados signatarios. Se ha razonado, que el artículo 13 constituye una prueba concluyente de la aplicación interna inmediata y directa del Convenio. La cuestión plantea el tema del alcance y de los límites del recurso efectivo ante una instancia nacional por la violación de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio. ¿No implica, acaso, que estos derechos y libertades forman parte del cuerpo de normas jurídicas aplicables por las instancias nacionales?. ¿Constituye el Convenio una fuente de Derecho interno?.

(48) Véase Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. 1^{ère} Session de l'Assemblée Consultative vol. I, pág. 291.

La doctrina no responde de modo contundente y afirmativamente a tales interrogantes. Expertos bien acreditados, como Vasak, no estiman admisible de manera genérica el carácter ejecutivo directo del Convenio, por no ser considerado como un "self - executing - treaty" (49).

Es cierto que el Estado que ratifica el Convenio debe ejecutarlo en el ámbito interno. Sin embargo, el Estado goza de cierta discrecionalidad en su aplicación pragmática. Es libre en cuanto a los medios que posibiliten asegurar la ejecución práctica de las obligaciones convencionales, al igual que respecto al otorgamiento del carácter ejecutivo directo, (de "self - executing") y, por tanto, también sobre su aplicabilidad directa por los Tribunales internos. Es criterio general que el artículo 13 no debe ser interpretado de forma que implique la obligación de incorporar el Convenio de modo automático, a la legislación interna. No cabe duda alguna de que impone la obligación de introducir en los ordenamientos jurídicos internos las reglas que faciliten la aplicación de los principios enunciados y el deber de organizar los recursos efectivos previstos.

-
- (49) La obligación de dar efectividad al Convenio en el ámbito interno se debe a la obligación que el art. 1 impone a las Altas Partes Contratantes. Véase Spertuti, G.: "La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e il suo Sistema di garanzia" en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1963, pp. 161-175. Golsong, H., Ob. cit. pág. 83. Vasak, K.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme". París 1964, pág. 246. Buerghenthal, T.: "Un nouvel examen", en *Revue de la Commission Internationale des Juristes*, 1966. pág. 101.
- La no necesidad de una legislación de ejecución en concreto para que el individuo pueda invocar las disposiciones del Convenio, ha sido señalada por Fawcett, J.: "The Application of the European Convention on Human Rights" Oxford, 1969, pág. 5.

El derecho a la concesión de un recurso efectivo exige, desde luego, una acción positiva por parte del Estado, pero este dispone de un amplio margen de apreciación en lo que concierne a la "ejecución" de dicha acción positiva. La obligación genérica de actualizar, de incorporar al Derecho interno las disposiciones normativas del Convenio deriva, naturalmente, de la ratificación. Pero esta obligación no equivale a decir que entrañe una cláusula absoluta de introducción directa o adopción automática del Convenio en el Derecho interno. Como dice, textualmente, Golsong "ni el artículo 1 ni el artículo 13 contienen una cláusula de adopción automática".

El artículo 13 enuncia, desde luego, una obligación precisa, pero su aplicación interna, requiere, a su vez, un acto suplementario estatal para permitir el ejercicio del recurso efectivo.

Claro está que el Convenio aun siendo un tratado internacional multilateral, no se circunscribe a imponer obligaciones genéricas a los Estados. Establece y regula, además, un dispositivo jurídico, un mecanismo específico de control, de vigilancia y ejecución, con el fin de garantizar el respeto debido de las disposiciones convencionales por parte de los Estados que las hayan aceptado. La doctrina dominante sobre esta cuestión comparte ciertos criterios muy definidos:

1) La razón de ser y la obligación derivada del artículo 13 tiende a lograr una aplicabilidad efectiva del derecho de recurso, impone un deber directamente y persigue un "efecto útil" en el Derecho interno.

2) Se trata, además, de asegurar, en todos los Estados contratantes, una cierta armonía e igualdad en el alcance prác-

tico del principio establecido por el Convenio. Esta armonía e igualdad en la ejecución práctica de las obligaciones contraídas por los Estados, tiende a su vez, a evitar el riesgo de ver disminuida la autoridad y la eficacia del Convenio, incluso en el plano internacional (50)

Conforme a la concepción expuesta se puede afirmar, en el terreno positivo, que el Convenio es considerado como fuente de Derecho interno por los siguientes Estados Partes: Austria, Bélgica, República Federal Alemana, Grecia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Turquía, Chipre. No lo es, en cambio, para los siguientes: Dinamarca, Islandia, Irlanda, Noruega, Suecia, Reino Unido (51). El Tribunal europeo ha afirmado la importan-

(50) Golson, H.: "L'effect Direct ainsi que le rang en Droit Interne de la Convention européenne des droits de l'homme et des décisions prises par les organes institues par celle-ci" en: "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen" Bruselas, 1978, pág. 66. Asimismo véase el Rapport de Velu: "Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme". Ibidem, pág. 192.

(51) Tesis citada anteriormente, sostenida por Vasak se une Velu J. que entiende que el art. 13 no debe ser entendido o interpretado como implicando para los Estados partes la obligación de incorporar el Convenio en su legislación interna, sino simplemente se deriva la obligación de introducir en sus órdenes jurídicos respectivos las reglas de aplicación del principio enunciado por dicha disposición y a organizar los recursos efectivos que ésta prevee. Se exige "una acción positiva por parte del Estado" pero se le concede amplio margen de apreciación para la realización de dicha acción positiva. Por su parte Golson señala: "Esta obligación de actuar de, in corporar a su derecho interno las disposiciones normativas del Convenio se deriva de la ratificación y no comporta una

cia y las consecuencias de la incorporación del convenio en el orden jurídico interno (Asunto interestatal "Irlanda contra Gran Bretaña") y la eventual aplicación directa (Asunto de "Vagabundeo" y "Van Oosterwijck" (52))

En definitiva la aplicabilidad directa del Convenio en el ámbito interno dependerá, fundamentalmente, de lo que establezcan las normas constitucionales de cada Estado. La actuación de los Tribunales internos tendrá que atenerse sobre la materia, al tratamiento que la propia Constitución reserve a los Tratados Internacionales. Los derechos reconocidos por la

.../...

cláusula de introducción o adopción automática del Convenio en el Derecho interno". Véase Golson, H.: Ob. cit. pág. 66. Velu, J.: Ob. cit. pág. 192, Vasak, K.: Ob. cit. pp. 232 y 235. En la Sentencia de 9 de Octubre de 1979. En cuanto a la eventual concesión de asistencia legal gratuita: El Tribunal declaró que del texto del artículo 6-1 se puede deducir la obligación del Estado de conceder asistencia legal gratuita en supuestos en que la representación legal sea imperativa o debido a la complejidad del procedimiento. Entendió que en el presente asunto debería haber gozado de dicha asistencia, y su denegación implicaba la violación del Convenio.

Véase Sentencia de 9 de Octubre de 1979, Publ. Cour. Eur. D.H., Affaire Winteruwerp, Série A, n° 33, párs. 26-28.

(52) Publ. Cour Eur. D.H., Série A, n° 25, párf. 239, pág. 91, n° 12, párf. 95, pág. 46 y n° 40, párf. 33, pág. 16.

Constitución española de 1978 deberán, ahora, de ser interpretados de conformidad con el texto internacional del Convenio que servirá de elemento de interpretación de los derechos reconocidos positivamente por nuestro ordenamiento. Es un hecho ya consagrado que el Tribunal Constitucional español suele remitirse, a la hora de interpretar tales derechos, a la jurisprudencia de Estrasburgo que ha ido delimitando el contenido de los distintos derechos y las obligaciones de los Estados Partes (53).

6. El derecho a una buena administración de justicia y el artículo 13.

Recientemente parece darse una nueva interpretación del artículo 13. La sentencia dictada por el Tribunal europeo en el asunto Golder (21 Febrero 1975) permite una construcción jurídica distinta de la hasta ahora en boga sobre el tema del artículo 13. Se ha dado una nueva orientación sobre la posibilidad de conceder al particular una utilización conjunta de los artículos 13 y 6 del Convenio e, incluso se ha pensado en la posible sustitución del artículo 13 por el artículo 6, porque este último podría resultar más interesante para el interesado en el caso concreto (54).

(53) Ejercicio de un Derecho constitucional, véase Sentencia del Tribunal constitucional de 8 de abril de 1981 (22) (RI-3). El Derecho a la defensa en régimen disciplinario militar véase STC de 15 de junio de 1981 (13) (RA-16). Principio de economía y Derecho procesal, inferior en rango axiológico al derecho a la defensa. Véase STC de 14 de julio de 1981 (4) (RA-22) a la jurisdicción. Contenido, véase STC de 8 de junio de 1981 (2,3) (RA-15) 8 de abril de 1981. Derecho de reunión véase STC de (15.a) (RI-3) El citado derecho en el ámbito laboral y sindical, .../..

(54) Asunto Golder, Sentencia de 21 de Febrero de 1975. Pub. Cour, Eur. D.H. Série B, vol. 16, 1973-1975, p. 32-54.

El Tribunal de Estrasburgo interpretó el artículo 6º como el derecho del individuo de disfrutar de determinadas garantías durante el procedimiento: derecho a ser oído, derecho a ser informado, etc., cuando se trate de un asunto relativo a derechos y obligaciones de carácter civil.

.../...

véase STC de 8 de junio de 1981 (4) (RA-13). Ejercicio de derechos fundamentales véase STC de 8 de abril de 1981 (15) (RI-3). Ejercicio bajo eventual limitación véase STC de 17 de julio de 1981 (RA-19). Limitación del citado ejercicio por autoridades con potestad de gobierno, véase STC de 17 de julio de 1981 (11) (RA-19). Necesidad de motivación en la limitación véase STC de 17 de julio de 1981 (13) (RA-19). Naturaleza y alcance universal de los derechos fundamentales véase STC de 15 de junio de 1981 (15) (RA-16). El doble carácter o naturaleza subjetiva y objetiva de los citados derechos véase STC de 14 de julio de 1981 (5) (RI-4), competencia del Tribunal Constitucional sobre ejercicio de los derechos véase STC de 17 de julio de 1981 (14) (RA-19). Los derechos y libertades fundamentales como elementos del ordenamiento jurídico. Véase STC de 13 de febrero de 1981, voto particular sobre el motivo primero de la Sentencia (19) (RI-2). Libertad de enseñanza véase STC de 13 de febrero de 1981 (7,8) (RI-2) presunción de inocencia y principio de libre valoración de la prueba por el Juez. Véase STC de 28 de julio de 1981 (RA-23). Carga de la prueba en el demandado, cuando se ha producido restricción de derechos fundamentales véase STC de 17 de julio de 1981 (RA-19). En cuanto a la Reserva suscrita por España en materia de régimen disciplinario militar en los arts. 5 y 6 del Convenio véase STC de 15 de junio de 1981 (7, 9) (RA-16). Prieto Sanchís, L.: "La protección de los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad" en "Anuario de Derechos Humanos 1981". Universidad Complutense. Instituto de Derechos Humanos. Madrid, enero 1982, pp. 371-421. y Pérez Tremps, P.: "El sistema español de protección de los derechos fundamentales y la práctica del Tribunal constitucional", Ibidem, pp. 423-445. Respecto de la práctica del T.S. véase Betegón, J.: "Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del T.S.". Ibidem, pp. 449-479.

La persona víctima de una violación de sus derechos garantizados, cuando revistan carácter civil, podrá prevalecerse del artículo 6 del "derecho a una buena administración de justicia", porque el artículo 13 le otorga simplemente el derecho de acceso ante una instancia nacional. El artículo 6 concede algo más a la persona que un simple acceso ante una instancia nacional. Le otorga el derecho de acceso a un tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley, que le juzgue equitativa y públicamente, en un plazo de tiempo razonable, (55). Se ha entendido, en fin, el derecho establecido por el artículo 13, derecho a un recurso efectivo como consistente en un medio eficaz y rápido ante una instancia independiente e imparcial (56).

PROTECCION EN EL AMBITO REGIONAL EUROPEO: EL DERECHO DE RECURSO INDIVIDUAL.

A. Antecedentes jurídicos del derecho de recurso individual.

La institución del recurso útil contra la violación de una norma de D.I. existía, en principio, en el ámbito interestatal, con anterioridad a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Muchos internacionalistas eran conscientes, también, de la necesidad de reconocer al individuo su calidad de sujeto del D.I. y de atribuirle, singularmente, los derechos fundamentales inherentes, a la persona humana. No nos detenemos en este aspecto importante de la evolución jurídica de la subjetividad internacional. Nos interesa, ahora, fijarnos en algu-

(55) Velu, J.: Ob. cit. pág. 55.

(56) Mertens, P.: Ob. cit. pág. 23-50.

nos de los "antecedentes principales del recurso individual", aunque sean jurídicamente bien distintos de la institución regulada por el Convenio, para darnos mejor cuenta del enorme progreso que implica para la persona la regulación del Convenio.

a) La Protección Diplomática.

Sobresale, en tal sentido, la llamada Protección Diplomática que ejerce eventualmente un Estado en favor de sus nacionales. Es esta una institución característica del régimen de la responsabilidad internacional en el plano de las relaciones "interestatales" (57).

El carácter interestatal de esta eventualidad jurídica fue bien establecido por el T.I.J. en el asunto, entre otros, de *Nottebohm*:

"La protection diplomatique et la protection par la voie judiciaire internationale constituent une mesure de défense des droits des Etats" (58).

(57) Véase Mertens, P.: "Orígenes et fondements d'un droit de recours interne en cas de violation d'une norme de droit international" en "Les Recours des Individus devant les Instances nationales en cas de violation du Droit européen: "Colloqué organisé par l'Institut d'Etudes européennes) Bruselas 1978, pp. 23-50.

(58) Arrêt du 13 Septembre 1928. CPJI, Publ. pág. 28. Cabe citar al efecto el Asunto de los Empréstitos brasileños, en que el Estado que interviene a favor de uno de sus súbditos se limita a hacer valer un derecho que le pertenece "de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international". El T.I.J., en su Sentencia de 6 de Abril de 1955 en la que se afirma que:

El ejercicio de la Protección Diplomática requiere, además, el cumplimiento de una segunda condición importante: el previo agotamiento de los recursos internos por la persona víctima que se hallen a su disposición en el Estado demandado. Esta segunda regla tiene sus excepciones. No se aplica en los supuestos en que al recurrente se le exime de la carga del agotamiento previo de los recursos internos, ciertos supuestos de denegación de justicia, falta de efectividad de los recursos internos. Naturalmente, el ejercicio de la protección diplomática está supeditado a la concurrencia de una serie larga de requisitos que no vamos a analizar en detalle.

Condición fundamental de tal ejercicio es la regla llamada de la "nacionalidad de la reclamación". Esta regla prescribe que la reclamación generada en función de la persona individual o moral se asiente en la nacionalidad del Estado demandante. El individuo carece de legitimación activa para formular la reclamación internacional. Habrá de intervenir en su favor el Estado del cual es nacional, la persona interesada. De ahí que se exija la nacionalidad de la reclamación, esto es, que el Estado solo puede, en principio, proteger a sus nacionales. Y estos han de conservar su propia nacionalidad en el período de tiempo en que el Estado ejerce la protección. Por eso se habla de que la "nacionalidad de la reclamación" debe existir en los siguientes momentos:

- 1) En el momento de la presentación de la reclamación por el Estado.

.../..

"La protección diplomática y la protección por la vía judicial internacional constituyen un medio de defensa de los derechos de los Estados".
En Publ. CIJ, Rec. 1955, pág. 24.

- 2) En el momento en que se ocasione el daño a la persona víctima.
- 3) Continuidad de la nacionalidad de la víctima entre la fecha del daño y por lo menos la fecha de la presentación de la reclamación.
- 4) La continuidad de la reclamación hasta el momento de la resolución internacional. Este extremo es objeto de controversias.

La nacionalidad de la víctima entendida según la Jurisprudencia del T.I.J., es, en todo caso, necesaria para la admisibilidad de la demanda presentada por el Estado nacional, dependerá, a falta de acuerdo en contrario, de la relación de nacionalidad existente entre el Estado demandante y el individuo lesionado.

Aunque los Estados gozan de libertad para fijar por medio de un acuerdo especial cualquier fecha a falta de dicho acuerdo específico se interpretará "fecha de la presentación" como la fecha de presentación (date of filing) de una reclamación internacional formal a un Tribunal internacional o a un Gobierno extranjero.

Si la presentación de una reclamación internacional formal contra un Gobierno desemboca en un arreglo diplomático (de dicha reclamación) será tomada en cuenta la fecha de la presentación de la reclamación "date of presentation" a distinta del supuesto, de los buenos oficios. Si las partes convienen el arreglo judicial, será la fecha de la presentación de la reclamación ante el Tribunal internacional la fecha que debe tenerse en cuenta.

El principio de la "efectividad de vínculo", lleva a que el vínculo de la nacionalidad se precise tanto en el momento en que se sufre el daño como cuando se presenta la reclamación.

La Jurisprudencia a este respecto ha indicado, en el Asunto Nottebohm que:

"La naturalisation accordée au mépris de tout lien de rattachement d'un individu à l'Etat de naturalisation reste inopposable à l'Etat défendeur" (59).

La protección diplomática se caracteriza, a su vez, por el carácter discrecional con que el Estado puede ejercerla, así como por las limitaciones indicadas que presiden su ejercicio (60). Esta protección no es suficiente, ni se adapta bien hoy

(59) Teniendo en cuenta la ficción que implica una teoría que se basa "en un Derecho propio del Estado" pero que solo se ejerce en el supuesto de lesiones sufridas por los individuos: "la théorie classique ne peut pas, ou ne peut plus prétendre rendre compte de la totalité de la réalité juridique", Berliag, G.: "Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique" en AFDI, 1957, pág. 72. En cuanto a la aplicabilidad de la regla en los sistemas de protección de derechos humanos, consúltese Guinand, J.: "La règle de l'épuisement des voies des recours internes dans le Cadre des systèmes internationaux de protection des Droits de l'Homme" en "La protection internationale des droits de l'homme" cit. pp. 91-104.

(60) Las dos condiciones son: en primer lugar no puede realizarse sino en favor de un nacional del Estado demandante. Caso Nottebohm, y en segundo lugar se precisa el previo agotamiento de los recursos internos. Sentencia de 6 de Abril de 1955. Rec. CIJ, 1955, pág. 24. Mertens, P.: Ob. cit. pp. 23-50. Y debate sobre su comunicación: ob. cit. pp. 56-57.

en día a la realidad sociológica y jurídica de la defensa de los derechos humanos, porque se basa en un derecho propio del Estado que se ejerce, discrecionalmente, en el supuesto de lesiones sufridas por los individuos.

En el coloquio de Bruselas, en el debate que se produjo después de la comunicación de Mertens se sostuvo que la protección diplomática, hoy por hoy, era la única vía de protección en D.I. Se debatió, también, la cuestión de si la protección diplomática podía, en las circunstancias actuales, proporcionar para el individuo la posibilidad de reclamar un derecho de recurso especial en el ámbito del Estado contra el cual la reclamación se dirija. Se trataba de la manera de entender, concretamente, la "denegación de justicia" (61). Se discutió, asimismo, el tema que más nos afecta: Si el artículo 56 de la Carta de Naciones Unidas podría ser el punto de partida para exigir de los Estados, como una verdadera obligación la introducción en sus sistemas jurídicos nacionales de un recurso abierto directamente al individuo que se pretenda víctima de una violación de los Derechos Humanos.

La definición del artículo 55 es esquemática y no determina el contenido de los derechos que enuncia de forma genérica. El art. 55 solo dice que:

"La organización promoverá", entre otras cosas,
"el respeto universal a los derechos humanos y a

(61) Orcasitas Llorente, L.: "Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya de 6 de Abril de 1955 en el llamado "Asunto Nottebohm" en R.E.D.I. vol. VIII, pp. 247 y siguientes.

las libertades fundamentales de todos". (Párrafo 4º) (62).

Por otra parte, es notorio, que la protección diplomática adolece de un vicio profundo, el individuo es introducido en un procedimiento que tiene por misión defenderle pero en el que se encuentra a merced de la voluntad del Estado, por que el interesado no puede decidir siquiera si se ha de formular o no la reclamación y aún después de presentada es el Estado el que puede resolver su retirada si le parece oportuno.

La situación se agrava con la exigencia del previo agotamiento de las vías internas (63). Algo semejante ocurre con los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas. Se justifica su invocación en cuanto sirve para proclamar, en general, la protección de los Derechos Humanos y este principio, constituye un pilar básico de la O.N.U.

Pero no es fácil deducir de los referidos artículos una obligación, una exigibilidad concreta "de hacer" en favor de los particulares frente a los Estados.

(62) Carrillo Salcedo, J.A.: "Textos básicos en Naciones Unidas", Madrid, 1982, pp. 35-74, en concreto pág. 71.

(63) Por su parte Ganshof Van der Meersch, señala en el debate, como indicábamos al analizar el sistema del Convenio, los inmensos progresos alcanzados en cuanto a la extensión de la protección de los individuos que diferencia claramente al Convenio de la protección diplomática. En "Les Recours...", cit., pp. 56-57.

b) Intervenciones de Humanidad.

El artículo 55 no se refiere, tampoco, de modo explícito a los Estados, sino a la Organización (64). Entre los antecedentes jurídicos del derecho del recurso individual del Convenio se suele mencionar igualmente, las "intervenciones de Humanidad".

La expresión es bella, pero ¿qué se entiende por Intervención de Humanidad? La profesora Pérez Vera nos da una respuesta muy clara. Consiste en la acción entablada por uno o varios Estados contra uno o varios Estados para obtener el cese de tratamientos inhumanos infringidos a particulares o a poblaciones enteras, sin consideración a su nacionalidad (65).

En el D.I. actual la institución no desempeña un papel primordial, sino, residual, se ha dicho, incluso que la intervención de humanidad "pierde su justificación funcional" (66). Con justeza se ha afirmado:

(64) Carrillo Salcedo, J.A.: Ob. cit. pág. 71.

(65) Véase Pérez Vera, E.: "La protection d'Humanité en Droit International" en Revue Belge de Droit International 1969, n° 2, pp. 401 y ss. Y "La protection d'Humanité en Droit International" en "La protection internationale des Droits de l'Homme". Bruselas 1977, pág. 29.

(66) Salmón, J.: "Essai de typologie des systèmes de protection des Droits de l'Homme" en "La protection internationale...", cit. pp. 173-206.

"Estamos asistiendo a la desaparición progresiva del papel de la intervención de humanidad en el sentido clásico" (67).

En efecto, ha perdido actualidad, entre otras razones, porque sirvió de cobertura para ciertos abusos.

En cambio, la Carta de las Naciones Unidas, sitúa, como señalamos el respeto al hombre en el alto nivel de los valores fundamentales, si bien es dudoso decir que el principio sea aplicado con rigor por los Estados-Miembros como si fuera una obligación ineludible "de cooperar en el respeto efectivo y universal de estos derechos" (art. 56).

Sin embargo, la innovación de la Carta es importante por que en su virtud los actos de inhumanidad afectan al D.I. General y a los intereses de la sociedad internacional. El hecho es trascendente, porque el respeto de los derechos humanos se sustrae del dominio reservado de los Estados. Estos no podrán invocar, en tal materia, la "competencia exclusiva" a que se refiere, entre otros, (68) el artículo 2, párrafo 7 de la Carta (no ingerencia en los asuntos internos).

(67) Mertens, P.: Ob. cit. pp. 23-24. Pérez Vera, E.: "La protección de Humanidad en Derecho Internacional" en R.E. D.I. 1962, 2 pág. 424 y "La protection d'Humanité en Droit International" en "La protection internationale des Droits de l'Homme" Bruselas 1977 pág. 30. Véase en igual sentido Aguilar Navarro, M.: "Intervención y organización internacional", en R.E.D.I. 1955, pág. 505. Mertens, P.: ob. cit. pp. 23-50.

(68) Carrillo Salcedo, J.A.: Ob. cit. pp. 48 y 36-37.

Cabe polemizar sobre el alcance y fuerza obligatoria del principio del respeto de los derechos humanos establecido por la Carta; a pesar de su valor puede ser eminentemente declarativo. Pero presupone, en realidad, el reconocimiento al menos implícito, de una obligación internacional, de carácter general, en lo que se refiere a los derechos fundamentales del individuo a la vida y a la libertad, que escapen del imperium y de la acción exclusiva del Estado.

El fundamento jurídico de la protección diplomática y de la intervención de Humanidad puede responder a los principios generales del derecho, tal cual son contenidos e interpretados por el T.I.J. del artículo 38 del Estatuto. Esto es, como limitación a la soberanía de los Estados (69). Sin caer en el exceso de negar radicalmente la soberanía del Estado, constituye, sin duda, una excepción al principio de independencia absoluta de la soberanía estatal, como base del orden internacional. Pero, el intento de afirmar su calidad de principio general de derecho susceptible de asegurar, de modo absoluto, la primacía de ciertos valores en detrimento de la razón de Estado, es hoy por hoy, jurídicamente hablando, un tanto excesivo o idealista en razón de las Naciones Unidas. Se está aun lejos de esa realización en la práctica jurídica universal, esta rea-

(69) Ibidem, pág. 69.

Cassin, R. sostuvo que: El artículo 38 del Estatuto del T.I.J. debe entenderse como proclamando los valores humanos como rector y punto de emergencia final de toda norma jurídica que en definitiva emana de la idea de los derechos mínimos de la persona humana y constituye una de las limitaciones fundamentales a la soberanía estatal. Véase Cassin, R.: "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme" en R.C.A.D.I., 1951 (II), t. 79, pp. 252 y ss.

lidad ha demostrado que mas bien a veces se trata de justificaciones aparentes o de intervenciones políticas. En más de una ocasión, se está en presencia de preocupaciones humanitarias "ambiguas" (70).

Cierto es que la Carta de la O.N.U. proscribe "recorrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado" (art. 2 pfo. 4) (71). Pero no es menos cierto que la violación flagrante y sistemática de los derechos fundamentales del hombre puede revestir un carácter de tal gravedad que amenace la paz y justifique la aplicación de las medidas coercitivas previstas en el capítulo VII de la Carta. Se piensa que en este supuesto se podría contemplar la intervención de humanidad en sentido distinto y con alcance más universal que en los intentos más abusivos del siglo XIX. Pueden ser múltiples, al menos jurídicamente, las clases de actos ilícitos susceptibles de desencadenar la acción humanitaria de las Naciones Unidas.

La violación de los Derechos humanos puede ser imputable, directamente, a los Poderes públicos del Estado.

1) La responsabilidad de las autoridades podrá contraerse en virtud de una acción o de una omisión (en este último caso, la situación es más discutible): por ejemplo, las revueltas antisemitas en Kitchineff en 1903.

2) La violación puede atentar contra los derechos del hombre, preexistentes a cualquier sociedad política. En princi-

(70) Mertens, P.: Ob. cit. pp. 23-24.

(71) Carrillo Salcedo, J.A.: Ob. cit. pág. 36.

pio, los derechos susceptibles de ser protegidos se consideran anteriores y superiores a cualquier organización política.

En este caso, y en teoría jurídica, había que excluir los derechos civiles y políticos que pertenecen al ciudadano después de haberles sido expresamente reconocidos o concedidos por el legislador.

La importancia excepcional de las medidas posibles en defensa del hombre nos obligaría a reducir los derechos protegidos con carácter general a un repertorio muy breve y esencial, como la defensa, por ejemplo, del derecho a la vida. Esta concepción jurídica está confirmada por la historia de las relaciones internacionales. Sin embargo no se conoce ningún caso de intervención de humanidad armada llevada a cabo por la protección del derecho a la libertad o a la vida, con carácter universal.

3) La violación ha de ser de tal gravedad, que se trate de crímenes especialmente reprobables, de una crueldad extrema, con la complicidad gubernamental que los deje impunes o de crímenes de tal naturaleza que hieran la conciencia de la humanidad.

En este sentido, el gran jurista europeo Rolin Jacquemyns consideraba causas válidas de intervención: "exces d'injustice et de cruauté qui blessent profondément nos mœurs et notre civilisation" (72).

(72) "Note sur la théorie du droit d'intervention" en R.D.I.L.C. 1876, t. VIII, pág. 675. y Pérez Vera, E.: "La Protection d'Humanité en Droit International" en "La Protection Internationale des droits de l'Homme", Bruselas 1977, pp. 9-11.

Por tanto el D.I. General permite pues, la intervención de humanidad, pero solo cuando los actos que la provocan son tan inhumanos que afecten "to the sense of mankind" (73). Hay por consiguiente, una cierta coincidencia doctrinal sobre los derechos susceptibles de protección general:

1° Cuando se refiere y limita a los derechos a la vida.

2° Y se trata de proteger este derecho contra la opresión.

Pero la práctica jurídica está lejos de ser homogénea y concluyente y no nos permite una determinación precisa de los derechos de validez universal, cuya violación pueda dar lugar a una intervención de humanidad bien justificada.

Existe, desde luego, un derecho individual indiscutible, el derecho a la vida. En cambio, el derecho a la libertad engendra discrepancias y se admite tomando en consideración circunstancias muy excepcionales. Por su parte, el derecho a la vida no se limita solo a la defensa de la mera existencia, sino que implica el respeto de la integridad física, es decir la prohibición de la tortura.

La vida y la libertad son, en todo caso, hoy en día, nociones inseparables e inherentes a la idea misma del ser

(73) Thomas y Thomas: "Non intervention" Dallas 1956, pág. 378. Formulación del Derecho Internacional del Futuro del Hudson Committee en A.J.I.L. Abril 1944, pp. 55-56 y R.G.D.I.P. 1959, pág. 682.

humano. Es evidente que no podrán ser consideradas como adquiridas y consolidadas en el seno de una sociedad organizada sin la acción adecuada y efectiva por parte de los Gobiernos.

Ahora bien, cuando las autoridades públicas del Estado no cumplen su misión humana, el individuo, las minorías e incluso, en general, cualquier agrupación de población debieran jurídicamente de beneficiarse de la protección de humanidad, desde que el individuo, minoría o pueblo sufran atentados contra sus derechos más elementales. (74) La protección ha de conferirse al individuo en cuanto hombre, por encima de que pertenezca a una sociedad política independientemente de su nacionalidad (75).

Ciertamente, en este ámbito jurídico, la competencia de las Organizaciones Internacionales, no ha llegado aun a sustituir a los poderes estatales. Pero hoy en día, la concepción expuesta no es solo una tendencia doctrinal, sino la orientación positiva y prevista por el D.I. Se camina, sin duda, hacia la creación de una auténtica función ejecutiva internacional. Y este es el gran mérito del Convenio europeo.

Mientras esa función ejecutiva no se imponga con carácter universal, puede resultar indispensable, en el interregno, conservar la intervención de humanidad como recurso último, en tanto las Organizaciones Internacionales, sean impotentes o los

(74) Cassin, R.: Ob. cit. pp. 252 y ss.

(75) Mertens, P.: Ob. cit. pp. 446-469.

mecanismos convencionales y de control hayan fallado (76).

Respecto de la irrelevancia del vínculo de la nacionalidad adquiere notables dimensiones en la aplicación del Convenio ya que conforme al artículo 1, los Estados se comprometen a ofrecer la protección y garantía de los derechos sin atender a su nacionalidad, siempre que se encuentren bajo su jurisdicción (77).

c) La Protección de Minorías.

El tercer antecedente invocado en razón de la protección individual del Convenio europeo es el de la Protección de Minorías. Los tratados de Paz de Westfalia nos ofrecen, en embrión, el antecedente correspondiente al sistema de Protección de Minorías previsto y regulado por la Sociedad de Naciones (funcionó, regularmente, desde 1920 hasta 1930) (78).

El objetivo del sistema perseguía la defensa de las minorías de raza, lengua y religión, que asentadas en los territorios de las Potencias vencidas en la Primera Guerra Mundial o en los Estados de reciente creación moderna en la Europa central y oriental.

En razón, principalmente, de la desintegración de la Mo-

(76) Perez Vera, E.: "La protection d'Humanité en Droit International" en "la Protection Internationale des Droits de l'homme". Bruselas 1977, pág. 29.

(77) Recueil des Textes, pág. 102.

(78) Mertens, P.: Ob. cit. pág. 26.

narquía austro-hungara. La Sociedad de Naciones les reconoce por vez primera un estatuto "cuasi codificado". Su protección se realizaba no solo por causa del individuo aislado sino en función y su condición de grupos humanos. Estaban autorizados a formular las demandas control los Estados no miembros de la organización. Se les concedió el derecho llamado de petición; a tal fin, se creó un sistema especial, dotado de un órgano singular: el Comité de Minorías, con la eventual participación del Consejo.

Conviene tener presente el procedimiento observado en el ejercicio de la protección. Recibida la reclamación por la Dirección de la Sección de Minorías se iniciaba una fase previa de información y examen de la reivindicación. Posteriormente, la demanda junto con las observaciones del Gobierno interesado era transmitida al Comité de Minorías. Se redactaba un Informe. En base del Informe se elaboraba la comunicación que había de dirigirse a los miembros del Consejo. Seguidamente el Comité debía procurar la conciliación o el arreglo amistoso entre las partes. Si éste fracasaba, el Comité podría archivar la demanda o depositarla ante el Consejo.

La fase contenciosa, si se daba, había de desarrollarse ante el T.P.J.I. El sistema se asemejaba al establecido por el Convenio europeo. En vez del Comité es la Comisión europea la que interviene y como órgano judicial actúa el Tribunal de Estrasburgo que presenta la peculiaridad de constituir, como veremos, una auténtica jurisdicción específica para la aplicación del texto europeo.

El sistema de la Protección de Minorías de la Sociedad de Naciones, logró funcionar como auténtica Protección, hasta

1930 (79). A partir de esta fecha, disminuye y cambia de signo la auténtica Protección de dichos grupos. Los Estados vecinos comenzaron a desplegar una actividad interesada, que ha podido calificarse de "intervenciones de minorías". El fallo radical de este sistema estribó en no haber previsto, junto con el derecho de petición, una auténtica garantía jurisdiccional.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, surgieron nuevos problemas de minoría, por causa de las modificaciones y las delimitaciones de fronteras de determinados países de la Europa Central y Oriental. Subsisten, así, el principio y el problema de la protección de minorías. Se discute, todavía el carácter de la adecuación o inadaptilidad de los métodos utilizados por la actual Organización Internacional. Se ha llegado incluso a sostener que el problema ha sido descuidado y no resuelto (80).

En realidad, no es que exista una verdadera laguna en el ordenamiento internacional sobre la materia. Porque los principios y normas de la Carta son bien explícitos. Lo que no cabe duda es que su realización práctica carece de un sistema efectivo. Por eso se puede hablar de la oportunidad de desarrollar mejor el sistema internacional de protección de minorías.

El mismo concepto de minoría ha experimentado una evolución que amplía el campo de la acción efectiva y necesaria. No se limita tan solo a las minorías étnicas y religiosas (Irlanda

(79) Hudson, M.D.: "La Cour Permanente de Justice Internationale". Paris 1936, pp. 119, 444, 661.

(80) Mertens, P.: Ob. cit. pág. 52.

del Norte, Pakistan e India) sino que tiende a abarcar, hoy en día, a las minorías culturales (Bélgica). La cuestión que subsiste es la de la regulación más adecuada y la necesidad de procedimientos de mayor efectividad. Se suele, en este sentido, recordar la dificultad de hacer respetar, con eficacia, en las diversas partes del mundo, los derechos más elementales de ciertas partes de la población que, a veces, no constituyen una minoría, sino una auténtica mayoría (se suele aludir a Chipre).

La celebración de múltiples acuerdos especiales, bajo la égida de las Naciones Unidas no ha evitado la aparición de nuevas discriminaciones, ni la eliminación absoluta de las eventuales denegaciones de justicia, con graves violaciones de los derechos humanos. Por ello se ha podido pensar que es insuficiente la protección de minorías prohibiendo las discriminaciones o que se prohíbe la discriminación y al mismo tiempo, no se permite el desarrollo natural de las minorías (81).

Es indudable, en todo caso, que el sistema de protección individual o de minorías no ha alcanzado aun la estructura eficiente y la validez universal que postula en el terreno de los principios la Carta de las Naciones Unidas; el respeto

(81) En la actualidad se afirma el derecho a la diferencia". Capotorti, F.: "The protection of minorities under multilateral agreements on Human Rights" en, *The Italian yearbook of International Law* 1976, vol. II, pp. 2-32. Asimismo Lavieille, J.M.: "Droit à la Différence pour une vision globale des phénomènes minoritaires" en *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (The International Law Review) Octubre-Diciembre 1981, n° 4, pp. 315-318.

de los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana, la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas (Preámbulo). De ahí la importancia jurídica internacional del actual sistema del Convenio europeo y de la Declaración Universal de Derechos Humanos (82).

En el coloquio de Bruselas se suscitó lo inadecuado de los medios utilizados para la protección de minorías con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se criticó el olvido en que ha caído la institución y que consiste en una laguna del Derecho Internacional. Se planteó la necesidad de ampliar la noción de minorías en la que se encuadrarían no solo las minorías étnicas sino las religiosas y culturales (83).

Se indicó por último la dificultad de hacer respetar en determinados casos como es el caso de Chipre los derechos más fundamentales de la persona a grupos que no constituyen una minoría de la población sino que integran la mayoría.

(82) La Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, Argel 4 de julio de 1976, de iniciativa no estatal con sagra los derechos de las minorías. "Lorsqu'un peuple constitue une minorité au sein d'un Etat, il a le droit au respect de son identité..." (art. 19). Véase Lavieille, J.M.: Ob. cit. pp. 316 y ss.

(83) En el debate sobre la comunicación de Mertens, se manifestó en el sentido apuntado Veasen, que manifestó su preocupación por las situaciones reinantes en Irlanda del Norte, Pakistan e India y respecto de las minorías culturales como el caso de Bélgica. En "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen" Bruselas 1978, pág. 52.

La necesidad de que los procedimientos establecidos para su defensa se apliquen sin ningún tipo de discriminación; ya que "el problema de las minorías puede plantearse incluso existiendo procedimientos adecuados" (84), por los defectos de que adolece la puesta en práctica de los mismos y porque desgraciadamente la formulación de preceptos negativos no es suficiente; no basta que se prohíba la discriminación es necesario que se favorezca a la minoría para que logre su pleno desarrollo (85).

d) La Protección del individuo en otros textos internacionales universales.

El antecedente jurídico más sobresaliente de carácter universal sobre la protección individual, aunque no tanto sobre el derecho de recurso efectivo, lo constituye la célebre Declaración Universal de Derechos Humanos.

Es criterio bien establecido que el derecho de recurso individual del Convenio europeo, (art. 13) en defensa de los derechos y libertades fundamentales del hombre, encuentra su razón de ser más directa con el Anteproyecto de la Declaración Universal.

El artículo 28 del Anteproyecto preveía, en efecto, la instauración del derecho de recurso individual no solo en el

(84) Mertens, P. señaló en el debate que subsisten las discriminaciones y aparecen otras nuevas. Ob. cit. pág. 55.

(85) Vaesen critica la protección indirecta de las minorías porque la considera insuficiente. Ibidem, pág. 55.

ordenamiento interno sino también en el marco jurídico de la Organización de las Naciones Unidas (86).

Ciertas delegaciones nacionales consideraron prematuro el proyecto, durante los debates de los trabajos desarrollados por la tercera Comisión de la Asamblea General. Se decidió retrasar el examen de la cuestión confiando su regulación a los autores de los Pactos internacionales relativos a los derechos Humanos.

En realidad el derecho de recurso individual no fué, entonces, calificado de objetivo fundamental, porque no se deseaba poner en tela de juicio el prestigio de los tribunales nacionales y menos aún, erigir una instancia internacional en Tribunal de Casación para las jurisdicciones internas.

En el texto definitivo se tuvo en cuenta la enmienda presentada por el Delegado mejicano en la referida tercera Comisión de la Asamblea General, propugnando la protección individual frente al Poder público del Estado en los siguientes términos:

"Cada uno, deberá poder, gracias a un procedimiento simple y expeditivo, beneficiarse de la protección de los tribunales frente a los actos del poder público que violasen en perjuicio suyo uno de

(86) E/600 de la Comisión de Derechos Humanos de 17 de Diciembre de 1947, E.C.O.S.O.C. 6 Session n° 1. Doc. O.N.U. A.G. 3 Comisión, 5 Sesión, 300. S. 1° Septiembre 1950, pág. 210.
Texto Declaración véase Carrillo Salcedo, J.A. "Textos Básicos de Naciones Unidas" Madrid 1982, pp. 91-97.

los derechos fundamentales que le confiriese la Constitución" (87).

La enmienda suponía con justeza, que se trataba de una libertad fundamental reconocida por la mayoría de las legislaciones nacionales. Habeas corpus y el Procedimiento de Amparo. Lo cual favorecía la posible aceptación de los Estados ya que en definitiva, existía una opinión generalizada favorable a su consagración en el plano internacional. fue aprobada la enmienda (88).

-
- (87) La enmienda de Pablo Campos Ortiz. Reproducía fielmente el artículo 18 de la Declaración de Derechos y Deberes del hombre aprobada en Bogotá. Disposición que fue aprobada por las 21 delegaciones presentes por unanimidad. La enmienda aunque tardía, reflejaba y expresaba el sentimiento común de los países americanos. El autor de la enmienda se refería concretamente al procedimiento de amparo de la Constitución mejicana de 1857 y de 1917, organizada por la ley de 1919 y revisada en 1936. En el art. 107 se estipulaba:

"La demanda de protección se iniciará respecto de sentencias contra las que no existe recurso ordinario de gracia mediante el que puedan ser reformadas o modificadas y a condición de que la violación de la ley sea realizada por las mismas, o bien si se hubiese cometido durante el procedimiento, que haya sido denunciada en tiempo hábil y que se haya elevado una reclamación contra el rechazo de reparar y que cuando haya sido cometida en primera instancia, se haya planteado ante la instancia de apelación".

- (88) En 1962 la Comisión Internacional de Juristas postulaba "un control jurisdiccional eficaz rápido simple y poco gravoso". En *Primaute du droit et droits de l'homme. Principes et éléments fondamentaux*. Ginebra 1966, p. 19. Verdoot, A.: "Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'homme". Paris, p. 118.

La Declaración Universal del 10 de Diciembre de 1948, estipula, en consecuencia, en su artículo 8:

.../...

García Robles, A.: "Les droits de l'homme et les libertés fondamentales dans la législation du Mexique" en *Annuaire des droits de l'homme* 1946, pp. 337 y ss. Mertens, P.: Ob. cit. pág. 30, nota 24. Según Trujillo, E. "La procédure mexicaine d'amparo" en R.I.D.C., 1949, I, pp. 229 y ss. En su origen se trataba de una simple sanción de determinados derechos individuales mediante un control de la constitucionalidad de las leyes y de todos los actos de autoridad (no importa su procedencia siempre que medie una violación de las garantías individuales). Véase en comparación con lo previsto en el art. 5 y art. 50 "contra cualquier acto... del Convenio.

El concepto es más amplio del que "habeas corpus" cuya única finalidad consiste en proteger al individuo de un arresto arbitrario. El habeas corpus se recogería en el art. 5, en cuanto para amparo de la libertad individual, consagrado por la mayor parte de las Constituciones de América Latina (Argentina, Honduras, Salvador, Guatemala, Panamá, Chile, Venezuela, Ecuador). Cada una con características propias una variedad singular mandado de seguridad brasileña. En cuanto a su esencia se asemejan en este sentido al art. 5 ya que ambos pretenden la garantía de los derechos fundamentales mediante un procedimiento rápido y eficaz. Es decir se trata de conseguir unos recursos eficaces, en concreto su propia Constitución prevee un recurso ofreciendo todas las garantías de seguridad y se denomina procedimiento de amparo (arts. 14, 16, 103 y 107 Constitución mejicana).

"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley" (89).

Este texto de la Declaración Universal recuerda el procedimiento del "habeas corpus" y procura según se explicó en los debates previos, asegurar el respeto por los Estados de los tratados de humanidad previendo la institución del recurso individual y nacional.

La idea de protección individual de la Declaración supone un buen progreso si se contemplan los procedimientos anteriores a la protección diplomática de la acción contra la denegación de justicia sufrida por el súbdito extranjero y los procedimientos de amparo y de "habeas corpus".

Las diferentes fases del desarrollo de la protección individual culminan actualmente en el Convenio europeo de Derechos Humanos. La eficacia de la protección pone de manifiesto la importancia de los recursos ante los órganos de control internos -art. 13 del Convenio-. El eminente jurista Rolin se expresaba en este sentido, en los siguientes términos:

"El primer modo de protección de los derechos individuales contra los actos ilícitos de los órganos o agentes estatales es, y se olvida con frecuencia, el recurso ante los órganos de control internos.

(89) Carrillo Salcedo, J.A.: Ob. cit. pág. 93.

Las vías de recurso internas presentan la doble ventaja de estar abiertas igualmente a personas lesionadas sin distinción de nacionalidad, además pueden ser utilizadas por la sola iniciativa del interesado sin control ni concurso de la autoridad estatal" (90).

Jurídicamente es un hecho evidente, como hemos indicado, la influencia de la Declaración Universal sobre el Convenio europeo. Este, no obstante, ofrece singularidades que superan la efectividad de aquella. Porque el artículo 13 del Convenio difiere del precepto correspondiente de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en un punto de gran alcance pragmático; reconoce el derecho a un recurso efectivo ante las instancias nacionales, que no deberán ser necesariamente jurisdiccionales.

Este principio se proyecta en dos vertientes jurídicas. Por un lado, la aplicación estrictamente interna del recurso efectivo repercute después y condiciona el control jurisdiccional de los órganos europeos tutelares de la protección individual. Y la jurisdicción de los órganos europeos se fundamenta, de forma exclusiva en un elenco de derechos y libertades pactado. De modo que la aceptación del control jurisdiccio-

(90) El curso de Rolin H. sobre los Principios del Derecho Internacional Público en R.C.A.D.I., 1950, La Haya 1950, pp. 150-151 y Slusny, M.: "Quelques observations sur les systèmes de protection internationale des droits de l'homme" en Mélanges Rolin, H. París 1964, pp. 374-397. En concreto pág. 389, que considera que el sistema de protección internacional de derechos humanos es el más sencillo pero el más eficaz de hecho.

nal, solo tuvo su justificación para las Partes en una clara delimitación del ámbito de competencia "ratione materiae" de los órganos de control (91).

Por otro lado, el Convenio difiere de la Declaración, porque el recurso efectivo del artículo 13 concierne solamente a la violación de los derechos y libertades consagradas por el propio Convenio, lo cual ha llevado a la Doctrina a sostener que "no se aplicará en el supuesto de que los derechos y libertades violados fuesen reconocidos exclusivamente por el Derecho interno" (92).

Estatutariamente, la Comisión europea es incompetente para admitir la demanda que invoque la violación de un derecho no protegido por el Convenio. El análisis de los Informes de la Comisión nos persuade de que sus decisiones sobre este su-

(91) Weil, G.: "Decisions on inadmissible Applications by the European Commission of Human Rights". En the American Journal of International Law. Notes and Comments. Vol. 54. Enero 1960, n° 1, pág. 880.

(92) Velu, J.: "Les Voies de Droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la Convention Européenne des Droits" en "Les Recours des individus devant les Instances Nationales en cas de violation du Droit Européen". Bruselas, 1978. pág. 189.
Mertens, P.: "Le droit à un recours effectif devant l'autorité nationale compétente dans les conventions internationales relatives à la Protection des droits de l'homme".
En "La Protection internationale des droits de l'homme". Ob. cit. pp. 65-90, en concreto pp. 66-69.

puesto son múltiples, y suelen rechazar "de plano" las demandas que se salgan del elenco de los derechos pactados, considerándolas como "mal fundadas".

La amplia experiencia de la Comisión nos evidencia que en tal hipótesis no entra a examinar el fondo o la substancia de la reclamación formulada en la demanda, y por el contrario, se declara incompetente "ratione materiae" conforme al artículo 27 (2).

e) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho de recurso efectivo, del artículo 13 del Convenio se puede relacionar, en el plano universal, no solo con el artículo 8 de la Declaración Universal, sino, también, con el artículo 2 párrafo 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto prescribe, en el ámbito jurídico general al que se refiere, la obligación de hacer efectivos los derechos. El citado párrafo 2° dice textualmente:

"Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter" (93).

(93) Véase el Comentario del Anteproyecto del Pacto preparado.../...

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos intento por consiguiente, incluir la obligación del Estado de garantizar el disfrute de los derechos fundamentales a todos los individuos sometidos a su jurisdicción. Disponía el establecimiento de recursos eficaces, incluso en el supuesto en que la violación hubiese sido cometida por personas en el desempeño de la función pública.

Este extremo es el contenido, a su vez, en el pasaje último del artículo 13 del Convenio, incluso por "personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales". Esta norma

.../...

rado por el Secretario General de la O.N.U. en 1955, a petición de la Asamblea General. Doc. A/2929, pp. 51 y 56 - 60. El art. 2 (2) redactado en Mayo, Junio de 1949. Enmiendas que modificaron el art. 2 (2°) del Pacto convertido en art. 1 (3°) en 1950 - 1951 y transformado en art. 2 (3) desde 1952. En el párrafo 3 se estipula. "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.
- b) La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades del recurso judicial. Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso". Texto en Carrillo Salcedo, J.A., Ob. cit. pág. 136.

no era de fácil aceptación por los Estados intervinientes en el Pacto. Numerosos sistemas nacionales se encontraban en la imposibilidad de incluir esa declaración en sus normas constitucionales o de asegurar su consagración mediante garantías y leyes especiales. Naturalmente la salvaguardia real de tales disposiciones protectoras de los derechos fundamentales podría ser encontrada en la obligatoriedad de los compromisos internacionales y solemnes. La Declaración y el Pacto, al consagrar los fundamentos, los principios, habían de consolidarse en la profunda convicción del Parlamento y del pueblo (94).

El anexo al documento comentado contenía el proyecto que disponía, en su punto 5º, que:

"Todo individuo privado de su libertad deberá tener una vía de recurso eficaz mediante el habeas corpus en virtud, del cual un Tribunal decidirá sin "dilación" sobre la legalidad de la decisión"; y que "se ordenaría su puesta en libertad si la detención no fuese justificada" (95).

(94) Véase Simon, D.: "La Convention des Droits de l'homme et le droit pénal international" RIDP, 1950, pp. 163-178.

(95) Véase Doc. O.N.U. E/CN.4/AC. 1, 4 de Junio a 5 de Junio 1947, pág. 6. Asimismo véase Doc. O.N.U. E/CN.4/21 Anexo 1, pág. 21 y Mertens, P.: "Le droit à un recours devant l'autorité nationale competente dans les conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme". En ob. cit. pág. 70-71. Cassin subrayó en su curso de A.D.I. de La Haya, que "no fue plenamente ejecutada" "La Declaración universal y la mise en oeuvre des droits de l'homme" R.C.A.D.I., 1951, II p. 249 ss. En el mismo sentido Tzatzanis: las garantías ofrecidas por el proyecto del pacto aparecían inferiores a las que formulaba el artículo 8º de la Declaración.

Ante la 2ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos. El Proyecto (artículo 2) fue objeto de diversas enmiendas (india y egipcia) relativas al derecho de petición tendentes a suprimir, toda referencia al Derecho Internacional. Se aprobó, la enmienda (8 votos a favor y 4 abstenciones). La totalidad del artículo fue aprobada por 10 votos contra cero y 5 abstenciones. El Pacto fué finalmente aprobado en Nueva York el 16 de Diciembre de 1966.

El alcance del artículo 2, se comprende si se tiene en cuenta que fue ideado para compensar las lagunas del artículo 8 de la Declaración Universal. Algunos representantes, se comprende si se tiene en cuenta que, fue como Malik representante del Líbano que expresó ante el E.C.O.S.O.C., la relevancia de este artículo que lo consideraba como una de las disposiciones más relevantes del texto.

Diversos países, en cambio, celosos de su soberanía obstaculizaron el establecimiento de un auténtico supranacionalismo. Por esta causa, se debilitó en definitiva el proyecto en lo concerniente a las garantías que debían establecerse para la realización efectiva del derecho. De ahí la falta de compromiso por parte de los Estados para establecerse conjuntamente un recurso jurisdiccional propiamente dicho en todos los casos (96).

Merece, en fin, un breve comentario la relación singular del derecho de recurso individual con la "Convención rela-

(96) Fue aprobado por 106 votos contra ninguno; El Protocolo facultativo del Pacto fue aprobado también en Nueva York en la misma fecha, por 66 votos contra 2 y 68 abstenciones y su entrada en vigor quedó supeditada a la ratificación del mismo por 35 países miembros.

tiva al trato debido a los prisioneros de guerra". El texto es del 12 de Agosto de 1949. En su artículo 3, párrafo d, se prohíbe la condena y ejecución de las personas que tengan derecho a disfrutar del trato de prisioneros de guerra (97). Será preciso celebrar previamente un juicio ante un Tribunal regularmente constituido. En el proceso, el prisionero de guerra tiene derecho a todas las garantías procesales reconocidas por todos los pueblos que las consideran como indispensables.

La misma garantía se contiene en la "Convención relativa a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra", en los artículos 66 y 67, al igual que en la "Declaración de Naciones Unidas relativa a la eliminación de todas las formas de discriminación racial" (98).

A la luz de los antecedentes expuestos, cabe concluir en la necesidad general de resaltar la obligación de los Estados signatarios de la Carta de la O.N.U., y demás instrumentos jurídicos universales de incorporar y adaptar en sus legislaciones todas las garantías requeridas para la protección de los Derechos del Hombre.

Las garantías y sanciones convenientes han de ser eficaces. A este fin, habrá que perfeccionar y asegurar la existencia de órganos administrativos y judiciales competentes para salvaguardar los derechos humanos y el funcionamiento ágil y

(97) Mertens, P.: Ob. cit. pág. 38, Notas 61 y 62.

(98) Carrillo Salcedo, J.A.: Ob. cit. pp. 108-121. Convención del 21 de Diciembre de 1965 y que entró en vigor el 4 de Enero de 1969.

eficaz del aparato ejecutivo. Las garantías legislativas de orden interno deberán comprender igualmente y en toda su extensión la independencia del juez. Paralelamente la protección individual recaba el derecho de la persona de ser juzgado equitativamente (art. 10 de la Declaración) y por un tribunal independiente e imparcial que decidirá sobre sus derechos y obligaciones así como sobre el fundamento de toda acusación que le fuese dirigida en materia penal (99).

Se comprende, por tanto, la gran trascendencia para la protección individual que supone la exigencia del art. 13 del Convenio europeo: los recursos ante una instancia nacional han de ser realmente efectivos.

Los autores del Convenio fueron conscientes de la problemática que suscitaría la aplicación del artículo en la práctica, preocupación que explica su reticencia inicial a la inclusión del derecho a un recurso individual (100).

Aun hoy la doctrina no es unánime al respecto y se cuestiona la disposición. Especialmente en aquellos supuestos en que consideran suficiente la garantía interna (101). Los pro-

(99) Glaser, S, en su trabajo "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif". En *Mélanges à Henri Rolin*. Paris 1964, pp. 104-124, aquí pág. 111.

(100) Mertens, P.: "Le Droit à un Recours Effectif devant l'autorité National compétente dans les Conventions Internationales relatives à la protection des Droits de l'Homme". En: *Revue belge de Droit International*, 1968, 2, pp. 445-447.

(101) Brunet, R.: "La garantie internationale des droits de l'homme après la Charte de San Francisco". Ginebra, pág. 146.

pios textos internacionales confían a los órganos internos, la salvaguardia de los derechos; a pesar de que la propia elaboración de los textos internacionales se suscita por la insuficiencia o inoperatividad de los medios internos.

La importancia de los medios internacionales y su eficacia son hoy indiscutibles a pesar de que nos queda la esperanza de su mayor perfeccionamiento futuro para garantizar una plena protección de los derechos humanos en la comunidad internacional.

B. Análisis de los principios básicos del derecho de recurso individual.

1. Fórmula Jurídica de Control Jurisdiccional.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa abordó en 1949 la cuestión de la fórmula jurídica o la garantía que debería asegurar el respeto de los derechos proclamados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tomo de base el Informe Teitgen. Las fórmulas debatidas fueron tres:

Primera. Conceder a los nacionales de los Estados Miembros del Consejo de Europa el derecho de petición ante el propio Consejo. La Comisión Jurídica rechazó por unanimidad esta propuesta, considerandola ineficaz. Su razonamiento se resume del modo siguiente:

Actualmente, los nacionales de los Estados-Miembros pueden ya someter sus peticiones al Consejo de Europa. Estas peticiones no comprometen a nadie. La autoridad que las recibe no está obligada a examinarlas, ni tramitarlas. Parece evidente que si la garantía se limita a ese simple derecho de petición equivaldría a renunciar a la solución del problema (102).

Segunda. Confiar la garantía a una Comisión del Consejo de Europa, compuesta de personalidades eminentes, imparcia-

(102) Recueil des Travaux Préparatoires. La Haya, 1975, vol. 1, pág. 283.

les e independientes de los Estados-Miembros, que habfa de ejercer las competencias del Consejo.

La Comisión analizarfa las demandas mediante un procedimiento contradictorio, investigaría las demandas declaradas admisibles e intentaría obtener una conciliación entre las Partes. En caso negativo, redactaría una Recomendación al Estado demandado y publicaría una declaración en la que se pronunciasse sobre los hechos incriminados.

Se puso en tela de juicio la eficacia de este sistema. Por un lado, se cuestionaba la autoridad moral de la Comisión, porque la negativa de los Estados a someterse a sus propuestas llevaría a la Comisión al ampararse en la influencia de la Asamblea para obligarles al cumplimiento de las obligaciones del Convenio.

Tercera. Establecimiento de un control Jurisdiccional: Este se propuso en los siguientes términos:

"La decisión pertenece en último término a una jurisdicción, que recibida la demanda la instruye conforme a las reglas de derecho y procedimiento judicial y da una solución por medio de una sentencia" (103).

La Comisión Jurídica optó por este último método y así

(103) "Comme je vous l'ai dit tout à l'heure, elle a écarté le simple droit de pétition adressée au Conseil de l'Europe. Après en avoir longuement discuté, elle a écarté également le système des garanties fonctionnant par le seul moyen d'une commission instituée dans le

lo manifestó en la primera sesión de la Asamblea, pronunciándose por un sistema de Control Jurisdiccional en dos etapas.

La primera fase consistía en el procedimiento ante una Comisión independiente encargada de examinar las demandas y mediar en favor de la conciliación. En caso negativo, debía remitirla a una jurisdicción, comenzándose de esta forma la segunda fase del procedimiento. Este procedimiento había de ser judicial, finalizando con la correspondiente decisión (104).

Se aceptó el Sistema de Control Jurisdiccional propuesto, instaurándose dos órganos conforme al texto del actual artículo 19 del Convenio que prescribe:

"Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio, se instituyen:

a) Una Comisión europea de derechos humanos.

.../...

Conseil de l'Europe. Elle s'est prononcée pour un système de contrôle juridictionnel en deux étapes".
En Ibidem, pág. 285.

(104) Véase Asamblea Consultative, 1^{ère} session en Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 282-285.

Díez de Velasco Vallejo, M.: "Mecanismos de garantía y medios procesales de Protección creados por la Convención Europea de los Derechos del Hombre" en Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, Madrid, 1959, pp. 594 y ss, y 663.

b) Un Tribunal europeo de derechos humanos (105).

La garantía adoptada en el plano internacional del respeto de los derechos del hombre, fue objeto de controversias, como lo había sido el derecho de recurso individual al que nos debemos referir posteriormente.

2. El derecho de recurso individual ante una instancia europea.

En la elaboración del Convenio los autores pretendieron conferir al particular el derecho de acceso ante una jurisdicción europea. Esta intención era sin duda uno de los motivos por los que se hacía imperiosa la creación de un Tribunal específico ya que el Tribunal de La Haya no se hallaba abierto a las demandas presentadas por particulares.

Era sin duda muy controvertida y presentaba problemas complejos y a la vez delicados (106), la creación y el "modus

(105) Recueil des Textes, pp. 106-107.

(106) "Il ne reste peut-être maintenant plus que deux problèmes majeurs sur lesquels les opinions sont divergentes: en premier lieu, les points, mentionnés par Lord Layton, qui figurent dans les trois derniers paragraphes de l'article 2, et que nous discutons actuellement; en second lieu, la question de savoir dans quelle mesure un particulier doit être autorisé à pétitionner contre les tribunaux de son pays et porter des affaires devant une Cour internationale - question très complexe et très délicate, qui est liée intimement à celle de la création d'une Cour de Justice européenne. En tout cas, nous avons en vue le même objectif.

operandi" del acceso del particular a un Tribunal internacional para reclamar contra las decisiones de las autoridades judiciales del país nacional.

El argumento esgrimido, entre otros, contra el acceso del individuo ante un Tribunal internacional se cifraba en la dificultad de conocer de antemano el alcance y los efectos que se podían derivar de la concesión tan innovadora del derecho de recurso individual ante una instancia judicial internacional. Se observaba que el Consejo de Europa no era propiamente un Estado Federal en el que se pudiera crear, sin más, un Tribunal Federal, era patente la inexistencia de una Constitución Federal. Se decía incluso que su institución podía resultar antidemocrática a pesar de tratarse de una decisión por vía judicial (107).

.../...

Je voudrais préciser nettement que j'ai désiré vivement, dès l'abord, que nous créions une Cour internationale de Justice réellement efficace. Nos peuples sont las des déclarations générales qui ne peuvent être appliquées effectivement. Nos pays en ont assez des pactes tels que les Pactes de Kellogg, signés entre les deux guerres et qui n'ont nullement aidé à empêcher la guerre". En Rec. Trav. Prep. La Haya, 1976, vol. 2, pág. 59.

- (107) "Let us consider for the moment the effect of giving individuals the right to bring a country before the Court. We are not a federation here. We are at the moment a small League of Nations". Así se manifestaba a la Asamblea Consultiva, en nombre del Reino Unido de Gran Bretaña Ungoed-Thomas, en Rec. des Trav. Prep. vol. 2, pp. 168-169.

La actitud crítica de la inclusión del derecho del recurso individual fue sostenida, incluso, por internacionalistas europeos de prestigio. El eminente jurista belga Rolin expuso con firmeza y fervor su punto de vista contrario a la inclusión de tal derecho. Criticaba la fórmula presentada en el Informe Teitgen, por entender que el establecimiento de un sistema judicial europeo, era incompatible con el sistema previsto por las Naciones Unidas. Entendía que perturbaba y se oponía a la necesaria coordinación entre el sistema universal y el regional. Esta imposibilidad de coordinar ambos sistemas perjudicaría, sin duda a los Estados (108).

Contra la actitud crítica, el relator Teitgen defendió ardientemente la propuesta e intentó desvanecer las dudas de los delegados de los Estados y el infundado temor de aceptar el derecho de recurso individual. Las razones favorables eran sólidas. Para que un Estado pudiese ser demandado ante el Tribunal era preciso, ante todo, un previo instrumento de control que podía declarar las demandas inadmisibles y mal fundadas.

La fase contradictoria había de desembocar en una recomendación que la Comisión efectuaría a los Estados. Estos, sin duda, preferirían tomar en cuenta y someterse a la recomendación antes de llegar a ser demandados ante el Tribunal. Esto permitiría a los Estados ver menos mermada su independencia y soberanía, e impediría el supuesto más raro de que interviniera una decisión judicial.

(108) Rolin criticaba a Teitgen calificando de pintoresca la iniciativa del particular denunciando a un Estado ante un Tribunal. Véase Doc. n° 80. Ibidem, pág. 181.

Naturalmente se rechazó el paralelismo peligroso invocado por Rolin y se subrayó el carácter innovador de la competencia que se pretendía establecer (109).

La actitud crítica hizo hincapié, sin embargo, en el argumento contrario a la adhesión de un control automático, en razón de la existencia en los países europeos de un partido comunista. Contra este argumento se contraponían las siguientes observaciones: por miedo a los comunistas y a las demandas de origen comunista, se privará al conjunto de europeos, nuestros

(109) "Je répondrai très brièvement. D'abord, notre système n'expose pas les Etats, parce qu'ils puissent saisir la juridiction, les plaignants devraient recevoir de la Commission d'enquête et de triage l'autorisation de passer à la phase judiciaire. Avant le juge, il y aura cette Commission, et cette Commission classera impitoyablement toutes les plaintes irrecevables et évidemment mal fondées. Puis, deuxième observation. Si les Etats doivent toujours obéir aux recommandations de la Commission; si nous sommes sûrs que, toujours, devant ce procès-verbal que publiera la Commission et relatant les faits, les Etats s'inclineront; si c'est sûr par avance, alors quel inconvénient y a-t-il à leur demander de s'incliner aussi devant la justice? Ils feront plus volontiers cet acquiescement à un arrêt de justice parce que, pour la souveraineté de l'Etat et pour son indépendance il est moins blessant -si vous me permettez ce terme- de s'incliner devant un arrêt rendu par des juges que de s'incliner devant le procès-verbal d'une commission. Enfin, l'argument tiré du parallélisme. Evidemment, la France ne comprendrait pas qu'on fît à Paris, pour le département de la Seine, une Cour de cassation spéciale. Seulement, ici, nous sommes en train de créer une compétence nouvelle". Ibidem, pág. 183.

conciudadanos, de garantías que consideramos indispensables. Por miedo al comunismo, se rechazarían instituciones conformes al genio de Europa y las garantías de las libertades fundamentales que son la esencia del patrimonio europeo.

"Convertiremos a nuestros países -decía Teitgen- en países análogos a los países totalitarios y regímenes de policía con restricciones de las libertades, bajo el pretexto de que las libertades son peligrosas porque los comunistas pueden abusar de ellas" (110).

Los Estados de la Europa Occidental no debían temer la limitación de su soberanía por la constitución de un Tribunal de Justicia que había de ofrecer todas las garantías de equidad e imparcialidad.

No se trataba de que la soberanía de un Estado se erigiese en contra de la soberanía de otro Estado, sino que la soberanía del Estado no se erigiese contra la soberanía del Derecho.

Igualmente se opusieron las críticas de diversos delegados de los Estados contra la constitución de la Comisión europea. Inicialmente fue negativa y ádua la discusión contra la recelosa actitud adoptada por el Comité de Ministros. En este sentido, merece recordarse la diáfana posición de Teitgen:

"Aquí Sres, la actitud adoptada es un tanto ri-

(110) Expresa su deseo de que Francia fuese la primera en someterse al Tribunal de Justicia europeo Ibidem. pág. 185.

dicula ¿Por qué?. Porque esta Comisión funciona de alfa a omega bajo la tutela del Comité de Ministros".

En efecto, la Comisión de encuesta y de conciliación no podría ser llamada a conocer de un asunto por la víctima de un abuso, sea ésta una persona física o moral, a no ser que el Estado acusado de la violación del Convenio hubiese aceptado, por declaración especial, la sumisión al control de la Comisión (111).

La Comisión había de practicar, ante todo, una investigación. Después redactaría un informe, que no tiene derecho a publicar. Puede solo enviarlo al Comité de Ministros. Este es el que adoptará las disposiciones útiles y únicamente en el su puesto de que éstas no fuesen aceptadas por el Estado culpable podrá él soberanamente y de su propia autoridad decidir la publicación o no del Informe.

Ciertamente se preveía que la Comisión estuviese encar-

(111) De este modo, en la práctica, el Comité de Ministros si mantiene su texto... decidirá el someterse facultativamente a su propia autoridad, no solo el Comité tendrá miedo de la Asamblea y de cualquier autoridad europea, sino que tendrá miedo de sí mismo y decidirá que cada Estado no se someterá sino facultativamente a las medidas adoptadas por el Comité. Creo Sres. que bastaría atraer la atención de los Gobiernos sobre este aspecto de las cosas para decidirles a aceptar unánimemente el control del Comité de Ministros.

gada de una tentativa de conciliación y, después del establecimiento del Informe secreto. Pero, en todo caso, dependería del Comité de Ministros la ejecución del Informe. De suerte, que lo esencial de los poderes atribuidos a la Comisión se hallaba en manos, finalmente, del propio Comité de Ministros.

Asimismo, no había razón para desconfiar de la Comisión de Encuesta, porque sería el Comité de Ministros el que interviniese en el nombramiento de los miembros de la Comisión (112).

A pesar de los debates contradictorios, se impuso el deseo sincero de todos los Estados miembros del Consejo de Europa de establecer un sistema eficaz de protección del individuo, del respeto absoluto de sus derechos y libertades fundamentales. Esto no quiere decir que los Estados hayan llegado a dar al individuo un derecho de acceso ante el órgano verdaderamente judicial del sistema protector del Convenio.

El Convenio no atribuye el "ius standi" a los individuos, ante el Tribunal europeo de derechos humanos. Los particulares no tienen el derecho del acceso directo ante el Tribunal. El derecho de recurso individual solo podrá ser ejercido ante la Comisión, que es la que examina el recurso, procede a su calificación mediante un examen contradictorio y puede declararlo inadmisibile en virtud de la incompatibilidad de la demanda con el Convenio, o por estar mal fundada o ser abusiva (art. 27) (113).

(112) Véase arts. 30 a 32 del Convenio. En *Recueil des Textes*, pp. 109-110.

(113) Arts. 25, 26 y 27 del Convenio, *Recueil des Textes*, pág. 108.

La Comisión es, en realidad, independiente del Tribunal, si bien, la Asamblea del Consejo de Europa propuso en el anteproyecto (art. 28) que fuese controlada por el Tribunal. Esta propuesta fue rechazada por el Comité de Juristas (114).

El principio del recurso individual directo, cuya necesidad imperativa debería ser compartida por todos, presupone la instauración, en el ámbito internacional, de un órgano especial investido de competencia para recibir y examinar las demandas provenientes de particulares, de grupos de personas y de organizaciones no gubernamentales, víctimas de las infracciones nacionales en el campo de derechos humanos.

La Recomendación 52 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa manifestaba la necesidad de este derecho del recurrente. Desde el principio consideró esencial para la salvaguardia de los derechos humanos que las personas que se consideren víctimas de una lesión en sus derechos por una de las Altas Partes Contratantes, pudieran someter sus reclamaciones a un órgano internacional, a fines de investigación y conciliación y sin necesidad de solicitar el apoyo oficial de un Gobierno, cuya intervención tendría como efecto el transformar una demanda individual en un litigio interestatal (115).

(114) Recueil des Textes. pp. 108-109.

(115) "Je crois donc que ce droit, confié à l'individu, de saisir une commission d'enquête présente, pour l'individu, un intérêt considérable, qui vient s'ajouter au recours juridictionnel, et que, dans ces conditions, nous aurions, par une Convention de cette sorte, très raisonnablement répondu à l'attente louable mise en nous". En Rec. Trav. Prep. vol. 2, pág. 155.

3. El recurso individual y la Comisión europea de Derechos Humanos.

Los partidarios de la concesión del derecho de recurso individual ante una Comisión de encuesta o investigación, concibieron el principio como un medio o vía complementaria del recurso individual jurisdiccional.

El proceso de elaboración del derecho de recurso individual fue sin duda también muy controvertido, se enfrentaban claramente dos tendencias: los propósitos de la Asamblea Consultiva y de su Comisión Jurídica frente al temor de los Estados que se manifestó abiertamente en la Conferencia de Altos Funcionarios.

La Asamblea Consultiva defendió a toda costa la inclusión del derecho de recurso individual, propósito que no fue del todo frustrado. Decimos del todo porque la intención inicial de la Asamblea consistía en conferirle carácter obligatorio, y éste presentaba tales dificultades que no pudieron superarse.

La Asamblea, sin embargo, se mantuvo firme frente a la posición de los partidarios de conferirle el carácter de un mero derecho de petición, oponiéndose incluso a la utilización del término durante los debates. Las críticas que manifestaron los delegados fueron asumidas por el Comité de Ministros de modo que solo fue posible la inclusión del derecho mediante la negociación de las soluciones propuestas por la Asamblea y el Comité de Ministros (116).

(116) Rec. Trav. Prep. vol. 3, pág. 27, y vol. 4, pp. 133, 213, 283.

Fueron diversas las propuestas de los Estados contra la introducción del derecho de recurso individual. La enmienda de Bélgica, propugnaba resueltamente la exclusión del derecho de petición de las personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares.

Por su parte, Grecia, también exigió la supresión de tal derecho por temor al abuso del derecho que suprimiría a su entender la libertad misma que se proponían garantizar y la integridad del régimen democrático. En igual sentido se orientaba la enmienda de los Países Bajos (117).

Y en nombre de Inglaterra se presentó otra enmienda, con el fin de suprimir el derecho de recurso individual alegando primordialmente la futura presentación a la Comisión de un número excesivo de demandas que serían insuficientemente fundadas, o abusivas. Se señalaba, a su vez, especialmente la tergiversación política de las reclamaciones que podría entorpecer y perturbar un auténtico y legítimo ejercicio del derecho de acción (118).

(117) Doc. CM I (50) 3; A 1864, y Doc. CM I (50) 3 rév. A 1872, véase Cinquième session du Comité de Ministres, en Rec. Trav. Prep. vol. 5, pág. 63 y Doc. CM I (50) 4; A 1865, Ibidem, pp. 63-65.

(118) Ungoed-Thomas explicó la enmienda en los siguientes términos: "The object of this amendment is to exclude individuals from the right of going before the Commission of Enquiry with complaints against the State. It is to confine the right to go before the Commission to the various States who are parties to the Convention instead of leaving it open to any individual who has cause to complain to do so."

Asimismo, no dejó de tener cierto eco, el argumento contrario al derecho de recurso individual, basándose en la supuesta y suficiente eficacia de la garantía establecida por las reclamaciones estatales ante la Comisión y por el hecho de que el Comité de Ministros pudiera instar a una Comisión de Investigación, la cual podría requerir de los Estados la información necesaria, en torno a las garantías internas y al modo en que los Estados observaban sus obligaciones (119).

.../...

The difficulty does not end there. It will be open to politically inspired application. This is the kind of opportunity which invites action by these on the extreme right and those on the extreme left, with whom none of us here have sympathy. It may be said "well the Commission can prevent these applications going further", and that is perfectly true. There is, however, nothing to prevent the number of applications being made, and the number being turned down being used for all kinds of propaganda purposes".

Véase Doc. n° 94, Rec. Trav. Prep. vol. 1, pág. 188.

- (119) En nombre de Noruega, Sundt, manifestó su apoyo a la tesis de Ungoed-Thomas, consideraba innecesario el acceso directo del particular a la Comisión, y reputaba que el control del Comité de Ministros era eficaz, porque podía requerir en cualquier momento a la Comisión de Investigación para que expresase su opinión sobre la garantía interna de cada Estado, en virtud de los arts. 3, 4 y 8 del Estatuto. El control colectivo lo subrayó a los siguientes términos:

"Every Government will thereby be responsible indirectly, not only with regard to the opinion of its own country, but also with regard to general public opinion in all the rest of the States who are Members of the European Council".

En Rec. des Trav. Prep. vol. 1, pág. 190.

El Comité de Ministros tuvo en cuenta los distintos argumentos e intentó justificar el carácter facultativo del derecho en razón de criterios como el del posible abuso del derecho del recurso individual, la tergiversación política en la utilización de los derechos y el temor del aumento de la propaganda comunista calificada de subversiva. La Comisión Jurídica requirió con insistencia, la inclusión del derecho de recurso individual:

"Elle tient, toutefois, à souligner qu'elle considère comme essentiel pour les buts poursuivis par la Convention, le maintien de ce que le rapport de la Conférence des Hauts Fonctionnaires appelle improprement, le droit de pétition et qui est en réalité, un droit de réclamation ou de recours individuel permettant à l'individu, dans certaines, de suivre la procédure en qualité de partie" (120).

El eventual carácter político de las reclamaciones ejerció cierta influencia negativa, si bien predominó la idea prioritaria de la justicia. Cuando las reclamaciones estuviesen justificadas, debían de admitirse, a pesar de los argumentos políticos. La existencia de actos ilícitos contrarios al Convenio, no podía desatenderse por el mero hecho de que las reclamaciones tuviesen matices políticos. Para tranquilizar a los Estados, se les razonó a sus Delegados que las reclamaciones

(120) Sir David Maxwell-Fyfe, a petición del Relator, expuso los argumentos elaborados para recusar la validez de las tesis contrarias y recelosas de la inclusión del derecho de recurso individual.
En Rec. Trav. Prep. vol. 5, pág. 37.

debían ser elevadas a las autoridades internas antes de llegar a la Comisión y, en todo caso, existía el procedimiento de admisibilidad ante el órgano de Estrasburgo (121).

El motivo fundamental que inspiraba la concesión de tal derecho, era el resarcimiento de la víctima en el supuesto que se le denegase justicia en el ámbito interno:

"La primera consideración que deseamos establecer es que el individuo debe tener la oportunidad de obtener la administración de justicia y la reparación de la injusticia de la que fuese objeto. Este, solo podrá tener acceso a la Comisión cuando haya agotado los recursos internos de su propio Estado y las vías de reparación del mismo" (122).

(121) Maxwell-Fyfe, D. no aceptó la exclusión apuntada en los siguientes términos: "The second point that is made is that there will be political complaints. Either political complaints are right or they are wrong. If they are right, if they have foundation in fact and justice, then I cannot see any reason why they should not be made. If, on the other hand, they are wrong, then surely, after the matter has been in the national courts of a country, the Commission will be well able to decide whether in fact the complaint is without basis or whether it is valid". En Recueil, cit. pág. 200.

(122) "The first point we wish to establish is that the individual should have a chance of getting justice and redress against injustice that happens to him. He can only come to the Commission when he has exhausted all the remedies of his own country and the means of redress open to him within his own State. The Assembly will remember that Article 12 only comes into operation after all other means of redress within a State have been tried".
En Rec. des Trav. Prep. cit. pág. 198.

La tesis de la eventual y futura influencia masiva de reclamaciones a la Comisión, perdía valor ante la necesidad de que el recurrente debía proceder, previamente al agotamiento de los recursos internos (123).

En cuanto al argumento de la utilización del derecho de recurso individual para el fomento y publicidad de la propaganda subversiva. Lord Layton subrayaría que esta cuestión no había suscitado ninguna polémica en el seno de la Comisión, e insistió en que los Estados no desvirtuaran el mecanismo de garantía excluyendo el factor esencial del mismo (124).

4. Carácter facultativo de la competencia jurídica de la Comisión.

Se ha sostenido la improcedencia de tales argumentos:

(123) "La règle de l'épuisement préalable des voies des recours internes et le pouvoir reconnu à la Commission des Droits de l'Homme d'écarter de plano les requêtes irrecevables, suffisent à protéger les Etats contre le risque d'abus". En Recueil des Travaux Préparatoires, vol. 5, pág. 37. Se observaban la actuación interna del recurrente. "The suggestion, therefore, that it will produce shoals of complaints must be considered, with the additional consideration that the person who makes the complaint must already have gone through the legal procedure of his own country". En Rec. Trav. Prep. vol. 1, pág. 198.

(124) Recuerda la mayoría con que se acordó el derecho en el seno del Comité y señaló:
 "We really shall make rather a farce of our whole scheme if there is no right of individual petition because State intervention". En Rec. Trav. Prep. vol. 1, pág. 196.

"Los argumentos aducidos estaban más o menos fundados, constituían más o menos pretextos: existía sobre todo el temor de los gobiernos de ver aparecer sobre el escenario de las relaciones internacionales un nuevo "partner", el individuo, aparición que en determinadas circunstancias podía perturbarle y que en cualquier caso le privaba de la exclusividad de intervención y acción en dicho escenario (125).

Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo respecto de la aceptación del derecho de recurso individual presentado e ideado por la Asamblea Consultiva se concibieron dos vías paralelas para la solución de la cuestión. Por una parte el Comité de Ministros ideó un sistema para favorecer la aceptación por los Estados del derecho controvertido. Propuso el carácter facultativo del derecho de recurso individual. Se pensó, también, que los Estados pudieran ejercer un derecho de veto, confiriéndoles la facultad de control "a priori" de las demandas que se sometieran a la Comisión, y que considerasen contrarias a sus intereses o que pudieran perjudicarlos.

Se estudió, a su vez, la posibilidad de limitar el ejercicio discrecional del derecho de veto, capacitando al recurrente a presentar la reclamación a la Comisión, y una vez introducida podía el Estado ejercer el derecho de veto "a posteriori".

(125) MONCONDUIT, F.: "La Commission Européenne des Droits de l'Homme" Leyden 1965, pág. 178.

Lannung en la segunda sesión de la Asamblea Parlamentaria, a pesar de que criticó la conversión del derecho en facultativo y la imposición del derecho del veto que no encontraba razonable ni necesario. Admitió, sin embargo, aunque sólo parcialmente la propuesta del Comité de Ministros y para lograr un *modus vivendi* entre las distintas aspiraciones propuso que se reemplazase el veto "a priori" por un derecho de veto que se ejerciese una vez que se hubiese presentado la reclamación a la Comisión.

A la vez que proponía que se ejerciera un control sobre el Estado que vetase el examen de un asunto. Control que se confiaba al Comité de Ministros que podría autorizar el examen del asunto si se obtenía el voto favorable de dos tercios de los miembros del Comité de Ministros. A pesar de esta limitación del ejercicio del derecho de veto, entendía que el control favorecía en la práctica a los Estados interesados (126).

La Asamblea Consultiva preocupada vivamente por la inclusión del derecho, fue partidaria de atenuar sus aspiraciones ideales y admitió la competencia de la Comisión en la materia con previa aceptación estatal (127), aunque la admitió sin

(126) Lannung, H. se manifestó textualmente: "The most serious retrograde step, in my opinion, is the reduction to an optional clause of the provisions of article 25 granting individuals the right to seek a remedy, the so-called right of petition. This seems most unfortunate and unreasonable; unfortunate because this right is essential for the very purpose of the Convention and unreasonable because the proposal in itself contained all possible guarantees against abuse". En Rec. Trav. Prep. vol. 5, pág. 238.

(127) En cuanto al carácter facultativo del derecho, fue pro-

que se le impusieran excesivos formalismos para su manifestación y con una salvedad, respecto de los derechos que según ella, exigían un "trato privilegiado", se refería a los derechos fundamentales del individuo (arts. 2, 3, 4 (1) y 7 del Convenio) que se debían sustraer a la previa aceptación estatal (128).

Se ha observado que:

"In an endeavour to reinstate this provision while taking account of the reluctance of some governments to accept it, the Assembly proposed that the procedure should be reversed and that the right of individual petition should obtain in all cases, unless the Government concerned had made an express declaration to exclude it. The Ministers, however, found this amendment unacceptable and retained the formula which they had approved in August" (129).

La Asamblea Consultiva logró, en fin, la consagración del derecho de recurso individual, que es la piedra angular de

.../...

puesto por la enmienda inglesa y que se justificaba para evitar los graves peligros en que incurrieran los Estados debido a la grave coyuntura política mundial imperante.

(128) Doc. CM I (50) 6; a 1867.
Véase Rec. Trav. Prep. cit. pp. 67-69, en concreto pp. 68-69 y Recueil des Textes, pp. 102-104.

(129) Robertson, A.H.: "Human Rights in Europe", Manchester, 1978, pág. 151.

su edificio de protección (130). Convirtiendo al individuo en sujeto de Derecho internacional y permitiéndole ser el guardián de sus propias libertades políticas. De esta forma, -se ha dicho-, "los artifices del Convenio pretendían crear un nuevo orden jurídico europeo" (131).

Esta consagración ha sido calificada también como "la innovación más señalada que se aporta al campo de Derecho de Gentes". La Asamblea era consciente de la importancia que para la realización de los derechos humanos tenía el capacitar a los individuos, mediante el recurso individual (a instancias de particulares), de forma que, se evitase el transformar una demanda individual en un litigio interestatal. Estimó preferible, a su vez, que las demandas individuales, si eran declaradas admisibles por la Comisión fuesen trasladadas ante un órgano de carácter político como es el Comité de Ministros del Consejo de Europa (132).

(130) El derecho de recurso individual es calificado como la piedra angular del sistema por la casi totalidad de la Doctrina (Muller-Rappard, E., Ob. cit. pág. 32, Robertson, A.H., Ob. cit. pág. 151-152, Vasak K., en "Les dimensions internationales des droits de l'homme". Nueva York, Unesco 1978, pp. 173-174, y un largo etc.

(131) Modinos, P.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", Ob. cit. pág. 167.

(132) Ibidem, pág. 167 y ss.

La propia economía del Convenio nos hace ver que la mayoría de sus disposiciones han sido insertas con vistas al ejercicio eficaz del derecho de recurso conferido a los particulares.

Es prácticamente, la primera vez que se reconoce a los individuos, en materia de derechos humanos, y salvo el régimen de minorías, el derecho de acceso directo ante una instancia internacional, como es la Comisión europea, que si no es un órgano judicial, se aproxima a su carácter, al menos, parcialmente. Es cierto que este derecho no se puede exigir, aun, a la totalidad de los Estados europeos, y en caso de haber sido reconocido no se puede ejercer sino en el transcurso de un procedimiento que se celebra a puerta cerrada (133).

-
- (113) Véase Conseil de l'Europe. "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", Estrasburgo 1974, pág. 13. La entrada en vigor se había supeditado a la aceptación de seis Altas Partes Contratantes. C. T. Eustathiades ha afirmado que: "el sistema de la cláusula facultativa es reforzado", ya que el carácter opcional se acentúa por este hecho de la exigencia de seis declaraciones", que se produjeron el 5 de Julio de 1955, en la actualidad la situación es la siguiente Austria efectuó el 3 de Noviembre de 1979, la declaración por un período de 3 años. Bélgica el 30 de Junio de 1977, por un período de 5 años. Dinamarca el 7 de Abril de 1977 por un período también de 5 años. Francia el 2 de Noviembre de 1981 por un período de 5 años. Por el mismo período de 5 años la efectuó la República Federal de Alemania el 1 de Agosto de 1981. Luxemburgo por el mismo período de 5 años al igual que la República Federal de Alemania, que depositaron la declaración el 28 de abril de 1981 y el 1 de Julio de 1981 respectivamente. En esa misma fecha efectuó la declaración España, aun-

.../...

De todas formas, representa un arma particularmente eficaz para la defensa de los derechos humanos. Y es una prueba de su utilidad el gran número de demandas individuales introducidas.

.../...

que por un periodo inferior. Por el mismo periodo la efectuó Portugal el 9 de Noviembre de 1980, de 2 años. Noruega el 29 de Junio de 1977 la efectuó para un periodo de 5 años, al igual que Gran Bretaña que la efectuó el 14 de Enero de 1981. Por un periodo inferior de 3 años la han efectuado Italia y Suiza, respectivamente el 1 de Agosto de 1981 y el 28 de Noviembre de 1980. Por último Liechestein la efectuó el 8 de septiembre de 1982 por un periodo de 3 años.

Y es de loar la declaración formulada por Irlanda, Israel y Países Bajos que la efectuaron el 25 de Febrero de 1953, el 25 de Marzo de 1960 y el 1 de Septiembre de 1979, por un periodo indefinido. Por último no han suscrito la cláusula facultativa del art. 25 Chipre, Grecia y Turquía. Véase Conseil de l'Europe. Affaires Juridiques, Etat des signatures et des Ratifications des Conventions et Accords du Conseil de l'Europe, 15 Décembre 1981, pág. 27. Asimismo, véase Eustathiades, C.T. en "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Statut du Conseil de l'Europe" en Die Friedens-Warte, Basilea, für Recht und Gesellschaft, 1955, vol. 53, n° 1, pág. 47. Robertson, A.H., "Human Rights in the world" Manchester, 1972, pp. 15-22, y "Human Rights in Europe", Manchester 1977, pp. 152 y ss.

Véase communication de Vasak, K.: "Le controle parlementaire des Actes de l'exécutif concernant la ratification de la Convention et l'acceptation de ses clauses facultatives" en "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen" Ob. cit. pp. 321-328.

El art. 25 (1) supuso, sin duda, alguna el triunfo de los temores estatales frente a las aspiraciones más ambiciosas de la Asamblea. No sería justo afirmar que la insistencia de la Comisión Jurídica de la Asamblea sobre el carácter absoluto y esencial del derecho fuese un vano intento. Es cierto que el resultado logrado no fue el ideal propugnado, pues la cláusula es transaccional y, por tanto, tiene carácter facultativo. Se llegó a este compromiso en el seno del Comité de Ministros, en su sesión de Agosto de 1950.

A pesar de las limitaciones del compromiso, la Asamblea obtuvo un éxito innegable logrando la inclusión de un auténtico derecho de acción individual, en vez del simple derecho de petición propuesto por la Conferencia de Altos Funcionarios, que hubiese supuesto un derecho individual mucho más limitado (134).

5. Calificación jurídica de la demanda individual.

La fórmula jurídica del artículo 25 ha motivado la dis-

(134) En la Conferencia de Altos Funcionarios celebrada del 8 al 17 de Junio de 1950, se pronunciaron a favor de la propuesta del derecho de acción de los particulares ante la Comisión de derechos humanos, conforme a la propuesta de la Asamblea. Los delegados de los siguientes Estados: Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Suecia y Turquía. Los delegados de Grecia, Países Bajos y Reino Unido, consideraron que el derecho de recurso individual podía ser ejercido abusivamente y reservaron la posición de sus respectivos gobiernos, especialmente por temor a la propaganda subversiva.

En Rec. Trav. Prep. vol. 4, pp. 213-215. Ibidem, pp. 253-255.

cusión teórico-práctica de si el derecho de recurso individual constituye una petición o es, más bien, una demanda (135).

-
- (135) Monconduit F. lo define como: "Droit qui par conséquent n'obligerait pas l'instance saisie à se prononcer dans tous les cas et qui aurait beaucoup plus un caractère d'information que de règlement". En ob. cit. pág. 177. Esta propuesta iba claramente en contra de la intención de la Asamblea Consultiva. La Comisión Jurídica lo había manifestado claramente al analizar en la Primera Sesión de la Asamblea el funcionamiento del sistema de garantía colectiva, en la que exigía el derecho de recurso individual limitado a la Comisión europea en los siguientes términos:

"La Commission a repoussé comme parfaitement insuffisante la solution consistant à ouvrir à la victime d'une violation de la Convention un simple droit de pétition, qu'il s'agisse d'une pétition à adresser au Comité des Ministres, ou même à une commission d'enquête. On sait, en effet, que, par définition, l'autorité qui reçoit une pétition peut, en toute hypothèse ne lui donner aucune suite.

Après quoi, la Commission a décidé que la garantie devrait comporter un règlement judiciaire précédé d'une instruction de la plainte, au besoin, d'une enquête, puis d'une tentative de conciliation effectuée par les soins d'une commission spécialisée.

Toute personne physique ou morale victime d'une violation de la Convention pourrait en saisir la Commission, mais il ne lui appartiendrait pas d'en saisir ensuite la juridiction. Sa plainte ne serait transmise à la juridiction, à fin de règlement judiciaire, que sur décision de la Commission prise après instruction et tentative de conciliation".

En Rec. Trav. Prep. vol. 1, pág. 225.

- (136) Vasak, K.: "Le contrôle parlementaire des Actes de l'exécutif concernant la ratification de la Convention et l'acceptation des ses clauses facultatives" en "La protection international des droits de l'homme dans le cadre européen", Ob. cit. pp. 321-328. Y la Discusión sobre el informe pp. 329-336.

En principio la denuncia individual, cualquiera que sea su petición, debe ser considerada como una "demanda potencial". La propia Comisión europea parece inclinarse por calificar tal derecho de mera "petición" en los siguientes casos: cuando la reclamación individual no reuna las condiciones establecidas por el artículo 27, que en síntesis son las siguientes: ser anónima, tener el mismo contenido de otra anterior, es decir, carecer de hechos nuevos, o estar pendiente ante otra instancia internacional, resultar incompatible con el Convenio o estar mal fundada, o ser abusiva. A estas condiciones del artículo 27 es preciso agregar las de los artículos 26 y 25: el agotamiento previo de los recursos internos y que el Estado demandado haya reconocido la competencia de la Comisión (136).

En el supuesto de que la petición no reuna las citadas condiciones, se requiere que las deficiencias de la reclamación no puedan ser suplidas por el Estado parte interesado. La "demanda potencial" quedaría, en este caso, reducida a la noción de mera petición. Tratándose de una mera petición, el Secretario General ha de limitarse a acusar recibo de la petición al interesado, informándole de la falta de competencia de la Comisión.

Las conclusiones de la 21 sesión plenaria de la Comisión confirman lo expuesto. Se consideraron como peticiones solo las reclamaciones individuales que, no podían ser consideradas como demandas de conformidad con el artículo 25 (137).

(137) Ibidem. pág. 108.

6. La persona humana como parte en el procedimiento internacional y las condiciones de ejercicio de su legitimación activa.

El Reglamento de la Comisión elaborado en virtud del artículo 36 del Convenio hace referencia frecuente al individuo, que tiene un derecho de acción limitado ante la Comisión, pero ante la cual goza de calidad de parte en el procedimiento; (citemos especialmente los artículos 45 y 46 del Reglamento Interno) se le sitúa en un plano de completa igualdad con el gobierno demandado.

Así el artículo 28, hace referencia a los representantes de las "partes" e "interesados" y el artículo 29 (2) menciona a "cada interesado". El Reglamento interno de la Comisión hace continua referencia a las partes y no establece ninguna distinción apreciable entre los primeros y los segundos (138).

En efecto, la sentencia del 22 de Junio de 1972, del Tribunal (Asunto Ringeisen C. Austria) declara que el individuo

(138) Ibidem, pág. 108, y en cuanto al Reglamento a las partes en general se refieren los arts. 9, 21, (1), 27, 30 (1), 31, 32 (2), 34 (2) y 39-42, 44, 50 (1), 52 (1), 53 (1), 54 (1) y 57 (1 a), así como los arts. 3 (2), (3) y 6 del Addendum. En cuanto al recurrente véanse arts. 37 (1), 38 (1 a) (2) y (4), 40, 42, 61, así como arts. 1-4 y 6 del Addendum. Respecto de la parte demandada véanse arts. 38 (1 c), 39-42 y del Addendum, los arts. 1 (a) y 3 (2) en Recueil des Textes pp. 301, 319.

En cuanto a las modificaciones del Reglamento véase Eissen, M.A., ob. cit. pp. 774 y ss.

no tiene "ius standi" ante él. Sin embargo el "requirente", al dirigirse en demanda de reparación a la Comisión, invoca la sentencia del Tribunal que le reservaba tal derecho (139). La sentencia anterior reservaba tal derecho "al requirente".

Por consiguiente, la Comisión ha de informar al Tribunal de la petición de reparación, ofrecersele a su disposición, sin hacer comentarios sobre las observaciones de los Gobiernos. El Tribunal puede facultar cierta intervención indirecta del individuo a través de la Comisión.

La sentencia posterior del Tribunal (22 de Junio de 1972) en la que atribuye la reparación se refiere otra vez directamente al requirente. Esto nos permite pensar que el individuo goza indirectamente y relativamente de facultades de intervención no tan lejanas del "locus standi" ante el Tribunal. Pues, incluso, la reparación debida al requirente no puede serle mermada o alterada por el Estado, como ocurría en el

(139) En la sentencia el Tribunal reserva el derecho a exigir una reparación equitativa por la violación del art. 5 (3) del Convenio, se había excedido, sobrepasado los veintidos meses.

Publ. Cour Eur. D.H. Série A. "Affaire Ringeisen", 5: "Dit par cinq voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 5 (3) dans le fait de la détention du requérant du 14 mai 1965 au 14 janvier 1966.

6-Dit, par quatre voix contre trois, qu'aussi après le 14 janvier 1966 et jusqu'au 20 mars 1967, la détention a été poursuivie en violation de la même disposition de la Convention".

7-Réserve, le droit éventuel, pour le requérant de demander une satisfaction équitable du chef de ces violations" Arrêt du 16 juillet 1971, Dispositif II, 5-7, Y Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 13, 1971-1972, pág. 25.

supuesto de la Protección Diplomática (140).

a') Calificación del derecho de recurso individual.

Se ha querido ver en el derecho de recurso individual una similitud grande con el derecho de acción de los Estados. Por ello se ha dicho que el derecho de acción de los particulares no se distingue del de los Estados (141).

En la práctica el individuo aparece como partícipe de una actividad de carácter procesal que se desenvuelve ante un órgano internacional como es la Comisión europea. La actividad jurídica desarrollada por el particular equivale a ostentar una "situación jurídica subjetiva internacional". Por eso el derecho de recurso individual se configura como un ("droit de requête") derecho de reclamación y no, como sugiere el tex-

(140) El Tribunal dictó: La sentencia de Fondo el 16 de Julio de 1971. La Comisión trasladó al Tribunal una carta del demandante en la que rogaba a la Comisión que interviniese a su favor para que el Tribunal dictase una decisión conforme al art. 50, la Comisión dió traslado de la carta del demandante al Secretario del Tribunal el 27 de Septiembre de 1971. El Tribunal se pronunció el 22 de Junio de 1972. Por unanimidad el Tribunal le concedió una indemnización de 20.000 marcos alemanes que debía de abonarle la República Austriaca. Publ. Cour Eur. D.H. (Question de l'application de l'article 50), Série A, n° 15, 1972, párs. 17 y ss, pp. 7 y ss. Véase asimismo la Sentencia de 22 de Junio de 1972 interpretativa de la anterior Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 16, 1973, párs. 12-15.

(141) Vasak, K.: Ob. cit. pp. 261 y ss.

to inglés, como un mero derecho de petición (petición) (142).

En este sentido, se ha ido generalizando en la doctrina la opinión de que la reclamación del artículo 25 reviste el carácter de una auténtica demanda (143).

b') Aceptación del Estado.

El ejercicio del derecho de recurso individual está bien condicionado por el artículo 25. "Cualquier persona física, organismo no gubernamental o grupo de individuos", pueden presentar reclamaciones o solicitudes ante la Comisión. Ahora bien, existe una condición fundamental: que la reclamación sea dirigida contra un Estado que haya reconocido previamente la competencia de la Comisión. El sometimiento del recurso individual a la aceptación de los Estados ha disminuído sin duda, la eficacia de la garantía concebida y afirmada por la Asamblea Consultiva. Por ello, se ha dicho que "el alcance de la garantía depende únicamente del juego de la cláusula facultativa" (144).

(142) Muller - Rappard, E.: "Le Droit d'action en vertu des dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme" en "La protection internationale des Droits de l'Homme". Bruselas 1977, pp. 31-63, en concreto pp. 43 y ss.

(143) Ibidem, pág. 261.

(144) Modinos, P.: "Les enseignements de la Convention", en "La protection Internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen", Ob. cit. pp. 337-359.

El perfeccionamiento y la amplitud de la garantía colectiva se dará a partir del momento en que los Estados Contratantes acepten las Cláusulas Facultativas (art. 25 y 46) (145). La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha reiterado y exhortado a los Estados Partes a reconocer la competencia de la Comisión en materia de recursos individuales, y subrayó que las personas lesionadas en sus derechos "deben poder elevar sus quejas a un órgano internacional... sin necesitar el apoyo de su Gobierno" (146).

El recurso individual ha sido consagrado por la prácti-

(145) Recueil des Textes, pp. 108 y 111.

(146) Conseil de l'Europe. Assemblée Consultative V. Session 15-16 septembre 1953, Textes Adoptés. Estrasburgo 1953, pág. 33.

En igual sentido cabe citar la Recomendación n° 183 de 1958, y la Recomendación n° 233 de 1960 dirigidas por la Asamblea al Comité de Ministros para que invitase a los gobiernos de los Estados Partes en el Convenio a que reconsiderasen su posición respecto a la aceptación de las disposiciones facultativas teniendo presente la experiencia adquirida en el transcurso de los años de aplicación del Convenio. Por último la Asamblea Parlamentaria adoptó el 27 de Septiembre de 1978, la Recomendación 838 en la cual invita a los Estados Miembros que todavía no hubiesen reconocido el derecho de recurso individual a reconocerlo así como a aceptar la competencia obligatoria del Tribunal europeo de derechos humanos.

Véase Kahn-Ackermann, G., a la sazón Secretario General del Consejo de Europa que instaba a la aceptación del derecho de recurso individual para "convertir la Europa democrática de los veintiuno en un espacio de los derechos del hombre", en Forum, Conseil de l'Europe, Droits de l'Homme. 1-2/78, pág. 3.

ca de la Comisión como un auténtico derecho y aparece como un "sucedáneo" de su acceso directo ante el Tribunal (147).

Cuando afirmamos que el derecho de recurso individual constituye la mayor innovación del Convenio es porque no se trata de un simple derecho de petición o de presentación de una sencilla solicitud, sino de un auténtico derecho de acción ante un órgano internacional (148). Según Marín el tipo de recurso del derecho de petición, se encuentra recogido, por ejemplo, con respecto al Consejo de Administración Fiduciaria (art. 87, b, de la Carta), podrá la Asamblea General bajo su mandato el Consejo de Administración Fiduciaria, que puede aceptar las peticiones y examinarlas en consulta con la autoridad administradora, pero se diferencia del art. 25 en que el recurrente inicia un procedimiento en el que asume una posición jurídicamente relevante pero a diferencia del Convenio el órgano internacional no queda obligado a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión (149).

-
- (147) Vasak, K.: "Les probleme des "petitions individuelles" relatives aux droits de l'homme" en "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen", *Op. cit.* pp. 261-263.
 Cassese, A.: "Sul funzionamento del sistema dei ricorsi individuali alla Commissione europea dei diritti dell'uomo" en *Riv. Dir. Int.* 1974, n° 3, pp. 548-566.
- (148) Ibidem. pp. 261-278.
 Marín López, A.: "El recurso individual ante un órgano internacional. El caso Nielsen", en: *R.E.D.I.*, enero-marzo de 1965, vol. XVIII, n° 1, pp. 3-19.
- (149) Sir David Maxwell Fyfe en su alocución al Comité de Ministros subrayó la importancia concedida al derecho del recurso individual, que definió como "the right to seek, a remedy directly". Documents of the Assembly, 1950, Document, 6, Appendix 5.

El derecho de petición es según Vasak un medio de ejecución "mise en oeuvre" de los derechos del hombre y en el plano internacional no necesita ningún texto convencional para ser considerado como un derecho del hombre (150).

El derecho de recurso individual acompañado de todas las garantías suficientes contra los posibles abusos es, sin duda, el medio más eficaz de asegurar el respeto de los derechos y libertades del hombre (151).

En cuanto a la ampliación de los derechos incluidos en el Convenio y el derecho de recurso individual. Hay que señalar que la aceptación estatal del derecho de recurso individual se halla en principio prevista exclusivamente para los derechos protegidos en el Convenio. Posteriormente se han concertado nuevos Protocolos que amplían el elenco de los derechos garantizados. Y esto ha suscitado el tema teórico-práctico de la aplicación de la cláusula del artículo 25 a los nuevos derechos individuales. El Protocolo Primero presupone la validez de la declaración general del Convenio. En cambio, el Protocolo cuarto exige una declaración específica que confirme la aceptación de la cláusula comentada. Esta es la norma de su artículo 6°.

(150) Vasak, K.: Ob. cit. pp. 261 - 263.

(151) Carjeu, P.M., al analizar el "derecho de petición" lo considera con una eficacia limitada. Debido a la necesidad de una previa aceptación por parte del Estado. En: "Le projet de Déclaration des Nations Unies", *Revue de Droit International Public*, 1959, en pp. 681-705.
Lannung, H.: "Quelques observations sur le probleme de mise en oeuvre des droits de l'homme dans le cadre européenne", pp. 231-238, pág. 237.

El Primer Protocolo que entró en vigor el 18 de Mayo de 1954, al ser depositado el décimo instrumento de ratificación, a fines de 1974 había sido ratificado por los 18 Estados que habían ratificado el Convenio y que entonces eran todos los Miembros del Consejo de Europa. En la actualidad ha sido ratificado por todos los Estados Partes (152).

Artículo 6 del Protocolo n° 4

1. Las Altas Partes Contratantes consideraran los artículos 1 a 5 de este Protocolo como artículos adicionales al Convenio y todas las disposiciones del Convenio se aplicarán en consecuencia.
2. No obstante, el derecho de recurso individual reconocido por una declaración hecha en virtud del artículo 25 del Convenio, o el reconocimiento de la jurisdicción obligatoria del Tribunal hecho por una declaración en virtud del artículo 46 del Convenio, no se ejercerá en lo que concierne al presente Protocolo más que en la medida en que la Alta Parte Contratante interesada haya declarado reconocer dicho derecho o aceptar dicha jurisdicción para los artículos 1, 4 del Protocolo o para alguno de ellos (153).

(Derecho a no ser detenido por deudas contractuales, derecho a circular, derecho a no ser expulsado de un territorio de forma arbitraria).

(152) Recueil des Textes, pp. 116 y ss, 129 y ss. y pág. 108.

(153) Ibidem. pp. 129-131.

Por su parte el Protocolo Sexto, en elaboración, en su artículo 13 (2) se ha inspirado en el artículo 6 (2) del Protocolo IV. El Prof. Carrillo, comenta que dado el estado actual de aceptaciones de la competencia de la Comisión sorprende que se haya seguido:

"el camino abierto por el artículo 6 -2- del Protocolo adicional nº 4, en lugar de intentar volver a la vía establecida por el propio Convenio europeo de derechos humanos, seguida por el Protocolo adicional nº 1" (154).

El método de obligarse los Estados, según el artículo 25, el reconocimiento del derecho de recurso individual, está siendo criticado por la doctrina, e incluso ha sido debatido en el seno del Consejo de Europa. Si se analiza de forma retrospectiva el funcionamiento de la fórmula establecida, cabe pensar en que hoy por hoy conviene mantener el sistema en vigor e ir introduciendo de forma paulatina a nuevos Estados en el sistema de protección. Sin embargo, no existe base suficiente para preconizar su "mantenimiento definitivo".

Nos parece deseable que en el futuro se modifique la fórmula de las declaraciones de dicho reconocimiento, no limitando el tiempo de la declaración y facultando a los Estados para que limiten el período de reconocimiento tan solo respecto de la primera declaración.

El problema de las demandas individuales relativas a los derechos humanos será resuelto en función del lugar que se otorgue al recurso individual en la economía general del Convenio. Muchos son los autores que estiman que el derecho de recurso individual constituye la piedra maestra del mecanismo de garantía del C.E.D.H. sin el cual éste funcionaría al ralentí mediante impulsos provocados por los avatares de la política.

(154) Carrillo Salcedo, J.A.: "El Proyecto de Protocolo Adicional, nº 6 al Convenio Europeo de derechos humanos" en, R.I.E. vol. 9, nº 1, Enero-Abril 1982, pp. 75-86 aquí pág. 83.

Estos autores estiman y desean que se establezcan procedimientos que permitan a los "peticionarios" el convertirse en demandantes y, por consiguiente, que las reclamaciones se transformen en "demandas". Por el contrario, no faltan quienes estiman que el mecanismo de protección no precisa el recurso individual, ya que el sistema de reclamaciones interestatales es suficiente para garantizar los derechos proclamados en el Convenio. Para estos autores el problema de las peticiones individuales es secundario (155).

En realidad los Estados se hallan solidamente protegidos no solo en razón de los artículos 26 y 27 mencionados, sino en virtud de las disposiciones limitativas y de excepción de los artículos 17 y 15, que prohíben la utilización distorsionada de los derechos y libertades protegidos, y pueden dejar en suspenso las obligaciones previstas. Como señalamos estas disposiciones han de ser interpretadas con carácter restrictivo. En todo la Comisión actúa, además, diligentemente de filtro de las demandas para evitar los posibles abusos del derecho de recurso individual (156).

(155) España efectuó una declaración de intención, hasta el 1º de Julio de 1981 fecha en la que se autoriza a los particulares tanto españoles como residentes en territorio español a presentar denuncia ante la Comisión europea por presuntas infracciones del Convenio por parte de las autoridades nacionales. Instrumento de ratificación del CEDH, en "B.O.E." de 10 de octubre de 1979, nº 243, pp. 2356 y ss. Declaración de España relativa al art. 25, publicada en "B.O.E." de 30 de junio de 1981, nº 155, pág. 14928.

(156) Recueil des Textes, pp. 106-108.

La Jurisprudencia del Tribunal reconoce un "amplio margen de apreciación" a los Estados en los supuestos de que el derecho cuya violación se invoque corresponda a una concepción esencialmente "subjetiva"; es decir, cuando no existe una concepción común europea en la delimitación del concepto (debido a que las autoridades nacionales se encuentren en una posición más favorable para su delimitación).

La reciente jurisprudencia ha establecido, a su vez, que los Estados tendrán un margen menor de apreciación cuando la delimitación del concepto responde a un criterio objetivo compartido por los Estados - Partes, en la configuración del derecho controvertido.

A un menor margen de apreciación corresponderá en contrapartida una mayor supervisión europea (157).

-
- (157) La conveniencia del reconocimiento del Derecho del recurso individual se hace más necesaria si cabe en el supuesto de que las Comunidades europeas ratifiquen el Convenio europeo intención que en este momento parece desvanecerse pero que si se concordase supondría una grave contradicción.

Este argumento pierde validez desde la aceptación por parte de la totalidad de miembros de la C.E.E. salvo Grecia. En 1982, por vez primera la C.E.E. ha ratificado un Convenio elaborado por el Consejo de Europa: "Convention relative a la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe. El Convenio entra en vigor respecto de la C.E.E. el 1º de septiembre de 1982. Son Partes Italia, Liechestein, Países Bajos, Portugal y Suiza desde el 1 de junio de 1982 y Luxemburgo desde el 1 de julio de 1982 e Irlanda desde el 1º de agosto de 1982.

c') Sujetos legitimados para el ejercicio del derecho de recurso individual.

El artículo 25 dispone y regula el uso y la invocación del derecho de recurso individual por determinados sujetos jurídicos, a los que atribuye la legitimación para actuar cerca de la Comisión. Textualmente califica de tales sujetos a:

"Cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación".

Conforme al artículo 25, podrán presentar una denuncia para que se compruebe la violación del Convenio por una de las Altas Partes Contratantes (158). La presentación de reclamaciones por los sujetos jurídicos requiere que éstos puedan ser considerados víctima de una violación de los derechos garantizados, es decir, es preciso ser titular de los mismos (159).

Hemos anticipado ya quienes son los beneficiarios de los derechos proclamados. El acceso a la Comisión queda, pues, abierto a todos los que gocen de las mencionadas cualidades, según su Derecho nacional. Ya se trate de personas o de un grupo de individuos o de diversos padres unidos por una misma preocupación, como puede ser la educación de sus hijos en una lengua determinada, o de miembros de un partido político o de un sindicato y este último en la práctica podría presentar una denuncia en nombre de uno de sus miembros. El rehusar a la víctima el derecho de reclamación es una cuestión muy grave, por-

(158) Recueil des Textes, pág. 108.

(159) Vasak, K.: Ob. cit. pp. 261-263.

que significaría rechazar a la persona humana la única posibilidad de hacer valer el conjunto de los derechos que le reconoce el Convenio (160).

El Convenio garantiza los derechos y libertades no solo al "ciudadano europeo", sino a todos los que se encuentren bajo la jurisdicción de los Estados-Partes en el Convenio y que estén bajo su jurisdicción y a quienes deben su garantía (art. 1) del Convenio (161). El titular del derecho de recurso individual tiene automáticamente capacidad para ejercer internacionalmente su derecho con independencia de su capacidad de actuar en un procedimiento judicial dentro de su propio ordenamiento nacional. Téngase en cuenta que son múltiples las reclamaciones presentadas por personas reclusas en establecimientos psiquiátricos. Como ya observamos, la nacionalidad del demandante no juega papel alguno en el ejercicio del derecho del recurso individual (162).

(160) En el curso monográfico del Doctorado sobre "Los derechos humanos en América Latina". El profesor Díez de Velasco, M., al comparar el derecho de recurso individual establecido por el artículo 25 del C.E.D.H. con el derecho de petición previsto en el Pacto de San José de Costa Rica señaló carácter más progresivo ya que prescinde de la limitación a la previa y expresa aceptación de dicho derecho de acción ante la Comisión al individuo.

Véase Chueca Sancho, A.G. "Los derechos humanos protegidos en la Convención americana de San José de 1969", en R.E.D.I., 1980, pp. 33-80.

(161) Recueil des Textes, pág. 10 y cit. pág. Véase Heraud, G., ob. cit. pp. 190-191.

(162) Kiss, A. Ch.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le système de garantie du Droit International Public", en "La protection internationale dans le cadre européen" Ob. cit. np. 239 y ss. Vasak, K., Ob. cit. pág. 261 y ss.

Lo que se requiere al demandante es que pueda ser considerado víctima de una acción ilícita. A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de las demandas estatales, cabe el supuesto de demandas presentadas por víctimas indirectas, en cuyo caso es necesario también que se dé un interés directo en el ejercicio de la acción. En su Recomendación 52 la Asamblea Consultiva consideró esencial, desde el comienzo del debate del tema, que las personas que se consideren víctimas de una lesión en sus derechos pudieran someter sus reclamaciones a un órgano internacional, a fin de que procediera a su investigación y que iniciara un intento de conciliación. Para interponer la acción si fuese necesario y sin tener que solicitar el apoyo de un gobierno ya que si interviniera éste, la demanda se transformaría de individual en un litigio interestatal.

El italiano Dominedo propuso que en vez de hacerse referencia a las personas que se reputasen víctimas debía de introducirse la modificación "que ha sido víctima" (163).

En el momento en que el particular presenta su reclamación, puntualizó Teitgen, no se puede declarar si ha sido o no víctima de los derechos y libertades garantizados. Lo único cierto, es que se pretende víctima. La verdad se conocerá después de que haya mediado la decisión, ya fuere por la Comisión o por el juez; pero en el momento en que se inicia el procedimiento, el único hecho cierto es que el hombre, la mujer o el

(163) Véase Asunto "Winterwerp contra Países Bajos" en el que la Comisión comprobó la falta de un juicio equitativo o de un auténtico control legal para revisar la medida del internamiento del recurrente en un establecimiento para enfermos mentales. Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 24 octobre 1979, Série A, n° 33.

ente corporativo se reputa víctima de una violación del Convenio (164).

Los menores tienen, igualmente acceso a la Comisión, si su reclamación es apoyada por sus padres o tutores. De lo contrario será la propia Comisión la que se preocupe de que el asunto se lleve adecuadamente.

Junto a las personas naturales están autorizadas para ejercer el derecho de acción del artículo 25 los grupos de particulares, las personas jurídicas. En el Asunto "Sunday Times contra Gran Bretaña", la Comisión admitió que un grupo de periodistas actuasen ante la Comisión. Reivindicaban su derecho a la libertad de expresión, que les fue recortada con motivo del proceso de los niños de la talidomida (165).

Las organizaciones no gubernamentales legitimadas son tanto las nacionales como las extranjeras. También podrán ejercer el derecho las organizaciones de este carácter que sean internacionales, que podrán reclamar por las violaciones del Convenio que les hallan perjudicado directamente.

(164) En Recueil Trav. Prep. vol. 2, pág. 202. Mikaelson, L., comenta que esta interpretación es todavía hoy válida para delimitar el contenido de la disposición. En Ob. cit. pág. 74.

(165) Mikaelson L., señala: "The rule is clear, even, the youngest individual can claim under article 25". Ob. cit. pág. 74.

En cuanto a las organizaciones no gubernamentales deben de comprenderse las organizaciones de carácter no gubernamental que complementen a las gubernamentales, que conforme al Derecho Internacional son órganos del Estado y de cuya actuación debe responder el gobierno del Estado (166).

De conformidad con su competencia "*ratione personae*", la Comisión se ha visto obligada a desestimar las reclamaciones que le fueron presentadas por órganos internos de carácter público. Es decir, los órganos que ejerzan la función pública en nombre del Estado, son órganos de carácter gubernamental. Y como el artículo 25, solo hace referencia claramente a los organismos de carácter no gubernamental, quedan por tanto excluidos los primeros. Por consiguiente, se descarta la competencia de la Comisión para analizar las demandas presentadas en virtud del artículo 25 por "organizaciones de carácter gubernamental" (asunto "Gussenbauer").

Cuestión distinta a efectos del artículo 25, es la posibilidad de que el Estado sea denunciado por los actos irregulares o contrarios a la luz del Convenio que fuesen cometidos por dichos órganos. En el Asunto "Young, James y Webster", (denominado de "closed-shop"), la Comisión declaró su competencia "*ratione personae*", porque interpretó que el Estado era responsable de los actos impugnados. El Tribunal desestimó también la alegación gubernamental relativa a la irresponsabilidad del Estado por los hechos controvertidos:

(166) Asunto n° 6538/74 contra Gran Bretaña, en *Annuaire XVIII*, pp. 202, 230 y ss.
Asunto n° 2690/65 en *Annuaire IX* pp. 512 y ss.
Asunto n° 5178/71, en *Recueil des Décisions*, 44 pág. 13.
Mikaelsen, L.: ob. cit. pág. 75.

"The Commission considers that for the purposes of its competence *ratione personae* under article 25 of the Convention, the respondent government must be regarded as being responsible for the acts complained of" (167).

Más discutible aun es si las personas jurídicas están autorizadas para el ejercicio del derecho de acción. En el Asunto n° 3798/68, la reclamación fue presentada por una corporación religiosa contra Gran Bretaña. La Comisión desestimó la reclamación por entender que los artículos 9 (1) y el artículo 2 del Protocolo n° 1, confieren derechos (libertad de pensamiento y expresión y el derecho a la instrucción) que solo pueden ser ejercidos y disfrutados únicamente por las personas privadas (168).

(167) Demanda n° 5767/72 y otros contra Austria, en *Annuaire*, vol. XVII, pp. 338 y ss, en concreto pág. 352. Se trataba de una demanda presentada por 16 ayuntamientos austriacos. La Comisión se declaró incompetente a "*ratione personae*" por tratarse de órganos gubernamentales de la administración local, y que ejercían funciones públicas de las que era responsable el Estado. A favor de esta tesis Mikaelson, L., ob. cit. pág. 75, Jacobs, F.G., ob. cit. pág. 228 y en contra Monconduit F.: "Bilan des conditions de la recevabilité: Les tendances de la jurisprudence (janvier 1969 Décembre, 1974. En *Revue des droits de l'homme*, 1975, pp. 417 y ss. Se planteaba la responsabilidad de la "British Rail" por obtener a los acuerdos sindicación obligatoria. Arret du 13 Aout 1981, Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 44, párf. 48-49, pág. 20.

(168) Demanda n° 4897/71 contra Austria, *Recueil des Décisions* 42, pág. 41. En este caso el Tribunal Regional de Viena que intervino hacía responsable plenamente al Estado austriaco, a efectos del artículo 25. Véase Demanda n° 3798/68 en *Annuaire*, XII, pp. 306, 312.

Es evidente que solo los derechos compatibles con la naturaleza de las personas morales pueden beneficiarles. Así la Comisión declaró la admisibilidad de la reclamación presentada por la Iglesia de la Ciencia (179).

Cuando la reclamación es presentada por un grupo no gubernamental o por un grupo de particulares deberá ser firmada, según el Reglamento de la Comisión, por las personas habilitadas para representar a la organización o al grupo. De no ser así deberá ser firmada por todas las personas físicas que constituyan el grupo demandante.

En cuanto al demandado eventual: la Comisión debe rechazar la admisibilidad de un recurso individual presentado contra personas privadas (180).

(179) Asunto n° 3798/69 "Church of Scientology contra Gran Bretaña" En Recueil des Décisions, 29. pág. 70.

(180) Asunto n° 5282/71 contra Gran Bretaña. La demanda se dirigía contra un "counsel" que fue considerada inadmisibile por dirigirse contra personas privadas. Véase Recueil de Décisions 42, pág. 99 y Asunto n° 172/56 en Annuaire, vol. I, pp. 221, 215 y asunto n° 1599/62 en Annuaire, vol. VI pp. 348, 356, Asunto n° 4225/69 en Annuaire XIII, pág. 114, pp. 864-886, asunto n° 5564/72, en Recueil cit, pág. 114.

d') La Condición de Víctima.

La Condición de víctima es uno de los requisitos del artículo 25 del Convenio europeo de Derechos Humanos. No solo es condición previa para el ejercicio del derecho de recurso individual, sino también, una de las condiciones de la competencia de la Comisión.

La reclamación deberá ser presentada por quien se pretenda víctima de una violación en sus derechos. Pero se precisa, asimismo, que la violación pueda ser imputada a un Estado Parte y referirse a uno de los derechos substanciales garantizados por los artículos 2 y 12 del Convenio (181).

La noción de víctima puede ser entendida con un criterio más amplio o bien con un criterio restrictivo. Lo que es esencial es que el particular se considere víctima de una acción o bien que tenga un interés directo en que se ponga fin a la referida violación. La demanda podrá ser presentada por la propia víctima o por una persona que hubiese sido habilitada por la víctima para ello.

El único legitimado activo en un proceso sobre derechos humanos debería ser la persona víctima de su violación o amenazada por ella, y en su defecto un Ministerio público ad hoc, a reserva de que en caso de muerte o de imposibilidad de aquella, sus legítimos sucesores puedan impulsar la causa a fin de obtener la pertinente indemnización de daños y perjuicios (182).

(181) Recueil des Textes, pp. 101 y ss.

(182) Golson, H.: "Implementation of International Protection of Human Rights", en R.C.A.D.I. 1963, III, pp. 7-142, 97-98.
Müller - Rappard, Ob. cit. pág. 52.
Rolin, H.: Ob. cit. pág. 8.

e') Noción de víctima directa, indirecta y potencial: Interpretaciones de la Comisión y del Tribunal europeos de Derechos Humanos.

En el ejercicio del recurso individual la persona particular se encuentra, sin embargo, en situación de inferioridad con relación al Gobierno del Estado del que es nacional o en el que es residente. Porque no tiene derecho a presentar su reclamación ante el Tribunal europeo, ni de actuar como parte ante el mismo. Es por esto por lo que se ha comentado en el asunto que planteaba la interpretación del derecho a la libertad sindical. Cuando la Comisión había decidido hacer intervenir al Tribunal en razón de la novedad y de la importancia de los problemas jurídicos en causa. La Comisión no preservaba celosamente su prestigio y aceptaba que su decisión fuese objeto de críticas (183).

1. Interpretación extensiva de la Comisión.

En los primeros años de actividad y en sus primeras decisiones, la Comisión ha analizado el concepto de víctima, atribuyéndole una interpretación amplia. Cabe citar la decisión del 16 de Diciembre de 1957 (Demanda n° 282) (184).

"El artículo 25 del Convenio comprende no sólo a las víctimas directas de la violación alegada

(183) Schmit, F., Profesor de la Universidad Estocolmo, "La libertad sindical", en Forum, Conseil de l'Europe, Droits de l'Homme, 1-2/78, pág. 24.

(184) Cassese, A.: "Sul Funzionamento" pág. 549. Demanda n° 282/57, Anuario I, pág. 164.

sino a cualquier víctima indirecta a la que la violación hubiere ocasionado un perjuicio, o bien que tuviese un interés personal en que se pudiese fin a ésta".

Esta noción de víctima indirecta se ha calificado de liberal. Inicialmente, puesto que la Comisión no ha exigido que el particular que presente la denuncia se considere víctima directa y real de la violación, cuando la denuncia establece hechos indicativos de tratarse de la víctima real, la Comisión no dudaba en declarar admisible la reclamación (185). Pese a que, posteriormente, en el examen de fondo del asunto, pudiera decidir que la víctima no era tal (186).

Esta interpretación amplia, permite el acceso a la Comisión de las presuntas "víctimas indirectas", (Asunto n° 3897/68), (187).

En el caso concreto los demandantes denunciaban una pretendida violación de uno de los derechos (garantizados) y de

(185) Morrison, C.: "The Developing European Law of Human Rights", Leyden 1967, pág. 71.

(186) En el Asunto n° 1706/62. La Comisión declaró la admisibilidad de la reclamación, véase "X contra Austria", en Recueil des Décisions 21, pp. 26 y ss. y Annuaire..., IX, pp. 112 y ss.

(187) "X y Y contra Dinamarca" en Annuaire XIII, pp. 626, 638, y véase Asunto n° 282/57 en Annuaire, I, pág. 166.

la cual resultaría víctima su hermano y cuñado. No se demostraba que éstos les hubiese habilitado para actuar en su nombre. Sin embargo, se podía admitir que, una vez cometida la violación del Convenio, un pariente próximo de la víctima o cualquier tercero requiriese a la Comisión. A condición, claro está, de que la violación le causase perjuicio o tuviese un interés personal válido relacionado con la violación (188).

2. El concepto de víctima indirecta.

La Comisión, llamada a interpretar la limitación de su competencia, "ratione personae", tuvo oportunidad de definir el concepto de víctima indirecta. La víctima puede ser tanto un pariente cercano como un tercero que presenten la reclamación a iniciativa propia. Pero, paralelamente, ha exigido que la violación le perjudique o que tenga un interés directo en que se determine o declare la violación.

En la práctica la actuación de las víctimas indirectas no es tan fácil, porque la Comisión sólo autoriza su actuación, cuando la víctima directa no puede actuar en defensa propia. Este hecho dificulta la prueba de legitimación de las víctimas indirectas.

Pero es curioso que la imposibilidad de actuación de la víctima se justifica por otra persona "sin especificar mandato

(188) Asuntos n° 5351/72 combinado con Asunto n° 6579/74 con el Asunto n° 6173/73, "X contra Bélgica", y "Sociedad Anónima X contra Bélgica" en Recueil des Décisions, 46, pp. 71 y 85, y pág. 180 respecto del último Asunto.

al efecto de la víctima" (189). Este hecho les permite actuar como representantes de la víctima. Así se amplía el derecho de recurso individual, ya que se extiende a las personas que actúan en beneficio de quienes se hallan imposibilitados para recurrir a Estrasburgo. (Decisión 29 de Mayo de 1961) (190).

En los asuntos 2535/65, 4185/69 contra República Federal de Alemania, la Comisión consideró, que junto a la víctima principal, el editor jefe contra el que se dirigieron acciones que infringieron sus derechos, la esposa del recurrente podía reputarse víctima indirecta por haber sufrido un perjuicio en

(189) "With regard to the limitation *ratione personae* concerning applicants the Commission has had to define what is meant by the word "victim". The applicant may be either a near relative of the victim or even a third party who submits the application on his own initiative, but the violation must be prejudicial to him or he must have a personal interest in the termination of the violation. In addition, the victim must be unable to act on his own defense. Applicants have been obliged to go to great lengths to prove that they have been empowered or ought to act on behalf of the victim" Weill, L.: "Decisions on Inadmissible Applications by the European Commission of Human Rights", en: *American Journal of International Law, Notes and Comments*. 1960. Vol. 54, Enero 1960, n° 1. pág. 876.

(190) Asunto n° 867/60 en *Annuaire IV*, pág. 271.

virtud de la infracción y por tener un interés legítimo en que cesase la situación infractora de los derechos en cuestión (191).

Las presuntas víctimas indirectas tienen acceso a la Comisión, familiares de la víctima y terceros. Partimos de la base:

"if the direct victim is unable to act a near relative or someone else may act on his behalf" (192).

La Comisión ha aceptado dicha noción. (Demanda 113/55).

Admitiendo que la Comisión puede ser requerida por una violación del Convenio, por un pariente cercano de la víctima o bien por cualquier tercero, siempre que la pretendida violación le afecte directamente e, incluso, cuando la propia víctima se encuentra en la imposibilidad de actuar para hacer valer sus derechos, en el caso concreto bastaría probar que, en virtud del artículo 40 del Reglamento Interno de la Comisión, el demandante no ha probado este aspecto y, por tanto, considera que, en virtud de la aplicación del artículo 27 párrafo 2 del Convenio que por su inconformidad con el artículo 25 declara la petición inadmisibile.

(191) "X contra la República Federal de Alemania" en Recueil des Décisions, 17, pág. 28.
 "X contra la República Federal de Alemania" en Recueil des Décisions 35 pág. 140.

(192) Robertson, A.H.: Ob. cit. pág. 153.

En la demanda 867/60 un noruego recurría contra la Ley que en Noruega legalizaba el aborto. También la Comisión desestimó esta denuncia, ya que el súbdito noruego reclamaba en nombre de los padres noruegos que podrían perder sus hijos (por prácticas abortivas) y también en nombre de las inocentes víctimas (193). La Comisión estimó que no existía tampoco ninguna conexión entre los hechos aducidos y el recurrente soltero.

En el asunto 1478/62 la Comisión consideró que en el supuesto de defunción de la víctima directa podía actuar el hermano por tratarse de una víctima indirecta de las violaciones invocadas ante la Comisión. Fallecido el recurrente en el curso de instancia pueden los herederos reputarse a su vez víctimas de la violación alegada.

En el asunto 7011/75, se admitió que el recurrente tenía un interés válido en el bienestar de unos vietnamitas víctimas de violaciones del Convenio (194).

-
- (193) Asunto n° 867/60. Decisión 29 de Mayo de 1961, en *Annuaire*, IV, p. 271 y ss.
En la reclamación presentada a la Comisión el 6 de Febrero de 1975 por la violación de los arts. 6 y 1 del Protocolo n° 1. Debido al fallecimiento de Julius De Weer, en el curso del proceso ante la Comisión, su viuda y sus tres hijas declararon tener "un interés material y moral" en la finalización del procedimiento iniciado por su cónyuge y padre respectivamente. La Comisión aceptó la subrogación de sus familiares en la presentación de la reclamación, en este caso, en la "continuidad de procedimiento" ya iniciado por la víctima directa. Publ. Cour. Eur. D.H., arrêt de 27 Fevrier, 1980, Série A, n° 35.
Asunto 290/57 en *Annuaire* III, p. 215.

- (194) Asunto 7467/76 contra Bélgica, en *Recueil des Décisions* 8, pp. 220 y ss. Asunto n° 1478/62, contra Bélgica en *Annuaire*, VI, pág. 590.

Es de observar que, en el caso de defunción del recurrente, sus herederos podrán optar por la prosecución del procedimiento o por que se elimine el asunto de la lista de asuntos pendientes ante la Comisión. El demandante que se pretende "víctima" deberá invocar otro interés que el mero interés general que le vincula al respeto del Convenio.

"It is not enough that a violation has occurred, the applicant must be directly affected by it or have a personal interest in it. He cannot complain of a violation to which he is a stranger" (195).

El concepto de víctima fue calificado por Rolin de forma que puede entenderse de conformidad con dos criterios:

Criterio Objetivo: víctima directa, o sea la víctima real de una violación.

Criterio Subjetivo: particular que, sin serlo, se pretenda como tal.

Víctima Indirecta: Congéneres de quien es la víctima real pueden sentirse amenazados por el pre-

(195) Criterio aplicable asimismo para aquellas reclamaciones cuyo contenido, fuese idéntico a la presentada por el recurrente fallecido y en cuyo supuesto la Comisión optará por pronunciarse sobre el asunto en una única decisión debido a la práctica de ésta conforme a la que procede a examinar conjuntamente las reclamaciones que susciten idénticas cuestiones de interpretación. Asunto 7011/75 contra Dinamarca" en Annuaire XIX, pp. 416, 450. Y Asuntos 6166/73 contra R.F.A. en Recueil des Décisions 2, pág. 58. y asuntos n° 1478/62 contra Bélgica en

cedente y están por tanto interesados en su represión. En este concepto se encuadrarían las organizaciones no gubernamentales o los grupos de individuos.

Es preciso, en todo caso, y es importante que exista el nexo de causalidad entre la violación y el recurrente.

La interpretación del término víctima por la práctica de la Comisión no ha sido siempre unánime, porque la Comisión ha adoptado en sus decisiones criterios diferenciados.

Por un lado, la Comisión ha establecido que no debe darse a la noción de víctima una "interpretación excesivamente restrictiva". El término víctima indica no sólo la víctima directa o real de la violación sino también se refiere a toda persona susceptible de ser considerada indirectamente como víctima, a la que la violación en cuestión le ocasione inevitablemente un perjuicio, o bien que tenga un interés personal válido en obtener el que se ponga término a la referida violación (196).

Lo que importa es que el particular que presenta la reclamación tenga un interés personal válido en el ejercicio de la acción.

.../...

Annuaire VI, pág. 590. n° 2690/65 contra Países Bajos en Annuaire IX p. 512. n° 3071/67 contra Suiza en Annuaire XI, pág. 456. Robertson, A.H., ob. cit. pág. 153.

- (196) Golson, H.: "Implementation of International Protection of Human Rights", R.C.A.D.I., 1963, III, pp. 7-142, 97-98.

3. El interés meramente genérico del recurrente.

La Comisión no ha delimitado suficientemente el concepto de víctima indirecta. Ha precisado que debe tener un interés jurídico en el ejercicio de la acción y ha rechazado reclamaciones en las que los recurrentes tenían un mero interés genérico.

En la reclamación n°3897/68 contra República Federal de Alemania, la Comisión desestimó la demanda porque no podía reputar víctima al recurrente y en el asunto 7890/77 contra Gran Bretaña no declaró admisible que el recurrente alegase la violación del derecho a la propiedad garantizado en el artículo 1 del Protocolo I, porque no se puede pretender que la sustracción de vehículos o el intento de robo le conviertan en víctima cuando el recurrente no es el propietario de los vehículos. Analizado el caso se declaró incompatible la reclamación con el Convenio *ratione personae*, y se desestimó en virtud del artículo 27 (2), y del artículo 25 (1): falta de cualidad de víctima del recurrente (197).

Tampoco se podrá reputar como presunta víctima indirecta al que presenta una reclamación por los mismos hechos que el requirente principal máxime si la Comisión llega a la con-

(197) Véase *Annuaire XIII* pp. 628-638. Entre otros Asuntos n° 7641/76 en *Recueil de Décisions*, 10, p. 224 y ss. En los Asuntos n° 7289/75 y 7349/76, contra Suiza la Comisión declaró inadmisibile la segunda reclamación "*ratione personae*" porque no le concernían directamente las violaciones alegadas. En *Annuaire XX*, pp. 372 y ss. *Recueil des Décisions*, n° 9, pp. 57 y ss, 75-93.

clusión de que no se trata de auténticas infracciones del Convenio. No existiendo víctima principal la segunda presunta víctima indirecta no puede transformarse en víctima real a la luz del artículo 25 (198).

Se ha criticado a la Comisión por realizar un auténtico examen de fondo de la reclamación al determinar el criterio subjetivo de la víctima. Esta circunstancia le lleva a prescindir del análisis de la calidad de víctima indirecta, fijándose en argumentos que se encuadrarían en motivos de declaración de inadmisibilidad por no hallarse bien fundada la demanda (199).

(198) Asunto 6753/74 contra Países Bajos la víctima indirecta era un asistente social y la primera era una recurrente de 14 años que había abandonado el domicilio paterno en *Décisions et Rapports*, 2 pág. 118.

(199) En este sentido, Mikaelson comentando la interpretación que la Comisión hizo en el Asunto n° 3897/68 en el que rechazó la demanda de Z, que representaba, al padre político de la víctima, ciudadano alemán culpado de delitos de fraude y encarcelado para cumplir la pena de 23 años de prisión. Su padre político reclamaba por haber tenido que sustentar a la esposa de la víctima y a su hijo. Ante la ausencia de un juicio equitativo que le había afectado seriamente. Mikaelson, aunque conforme con los motivos de inadmisibilidad del art. 27 (2) aplicados por la Comisión aclara que: "It would, therefore, have been a welcome clarification if the decision of the Commission was built on a model along the following lines: even assuming that he could reasonably claim to be a (indirect) victim within the meaning of Article 25, his application must be declared inadmissible as manifestly ill-founded. These it would have been perfectly clear that the application was rejected on its substance and not on the preconditions in Article 25" Mikaelson, L., *Ob. cit.* pág. 81.

4. El ejercicio de una *actio popularis*.

El Convenio impide al particular ejercitar una "*actio popularis*", que reserva únicamente a los Estados. La Comisión considera inadmisibles las reclamaciones, trátense de víctimas directas o indirectas, que impliquen el ejercicio de una "*actio popularis*" (200). En estos casos declara incompatibles los asuntos, "*ratione materiae*", con el Convenio y los rechaza aduciendo el párrafo 2º del artículo 27 (201).

La conexión entre el acto lesivo y el reclamante requiere que la Comisión sea llamada a conocer claramente hechos específicos ocurridos y, en consecuencia, desestimará argumentos que presenten solamente un carácter genérico o hipotético (202). A la Comisión tampoco le compete entrar en el análisis de si la legislación interna de un Estado-Parte contraviene o no de manera general el Convenio. En este supuesto se declara necesariamente incompetente, por creer que no ha de proceder a un análisis "*in abstracto*" del Convenio (203).

-
- (200) Asuntos n° 6742/74 contra República Federal de Alemania en *Recueil des Décisions*, 3, pág. 98.
- (201) Asunto n° 6481/74 contra Italia en *Recueil des Décisions*, 1, pág. 79, y n° 4203/69 contra Gran Bretaña en *Annuaire XIII*, pp. 836, 858.
- (202) Asunto n° 6565/74 contra Gran Bretaña, en *Décisions et Rapports*. vol. 5, pág. 53.
- (203) Asunto n° 6853/74 contra Suecia en *Annuaire XX*, pp. 214 y ss. *Décisions et Rapports*, 9, pp. 27 y ss, 28-32. Tampoco tiene capacidad la Comisión para analizar presuntas infracciones de las Partes en el Convenio que se deriven del incumplimiento de sus compromisos en virtud de otros instrumentos internacionales. Véase Asuntos núms. 1821 y 1822/63. Decisión de la Comisión sobre la admisibilidad, en *Annuaire...*, IX, pág. 215.

Por su parte, el Tribunal, en el asunto "Klass contra República Federal de Alemania", sostiene el criterio de que el artículo 25 no establece, ni atribuye a los particulares el beneficio de una actio popularis, sobre la interpretación genérica del Convenio:

"No les autoriza a reclamar en abstracto una ley por el mero hecho de que consideren que atenta contra el Convenio. No basta con que el recurrente aduzca que una ley viola, por su simple existencia, los derechos que le corresponden en virtud del Convenio: "debe haberse aplicado en perjuicio suyo" (204).

Distinto es el supuesto, -cuando se alega perjuicio-, de que el Convenio pueda haber sido violado aun no existiendo medidas específicas de ejecución. La Comisión y el Tribunal deben, en tal caso, analizar la compatibilidad de la ley interna con el Convenio. Por ejemplo, en los Asuntos de "Ciertos Aspectos del Régimen Lingüístico relativos a la enseñanza en Bélgica" y asuntos "Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen". Se examinaron las normas internas relativas a la enseñanza, para esclarecer si eran regulares a la luz del Convenio (205).

(204) Publ. Cour. Eur. D. H. Série A, n° 28, pp. 17-18 párf. 33.

(205) Sentencia de 23 de Julio de 1968 y de 7 de Diciembre de 1976 en Publ. Cour. Eur. D. H. Série A, n° 6 y n° 23, pp. 22-23, párf. 48.
En el asunto Kjeldsen, la Comisión declaró admisible la demanda relativa a la enseñanza sexual obligatoria en primera enseñanza, a pesar de que no se había aplicado la medida a la hija del recurrente.

Por consiguiente, en los supuestos en que la reclamación se refiera a la legislación vigente o a normas sociales, la interpretación reciente de la Comisión (Asunto 6959/75) se puede deducir según la interpretación del concepto de víctima de la Comisión afianzada por la sentencia del Tribunal en el Asunto "Klass y otros contra la República Federal de Alemania" va a ser más flexible en estos supuestos, puesto que no será indispensable que se apliquen las medidas legislativas controvertidas siempre que las reglas internas le afecten directamente (206).

Conforme al artículo 25, no es esencial, el momento en el cual se ha producido el hecho que confiere al recurrente la condición de víctima (207). La Comisión ha sido muy liberal en la aplicación de la previsión del artículo no ha exigido que el reclamante se pretenda víctima en el momento de presentación de la reclamación ante la Comisión.

Cabría citar los Asuntos n° 4115/69 y n° 984/61, 7011/75, 7465/76 y 7511/76 (208).

(206) Publ. Cour. Eur. D. H. Série A, n° 28, pp. 17-18.

(207) Morrison, C., no se requiere respecto del momento en que se pretenda víctima el recurrente que sea el momento en que presente la reclamación "actually claim to be a victim". Ob. cit. pp. 71 y ss.
En sentido diferente Mikaelson L.: "the individual applicant must claim to be a victim at the time he introduces his application". Ob. cit. pág. 84. Invoca Asunto n° 4115/69: "Knechtel contra Gran Bretaña" en Annuaire..., XIII, pp. 730 y ss.

(208) Corresponden respectivamente a los Asuntos. Asuntos "Knechtel contra Gran Bretaña", en Recueil des Décisions 36, pág. 43. Asunto "X contra Bélgica" en Recueil des Décisions 6, pág. 39. Asunto "Becker contra Dinamarca" en Décisions et Rapports 4, pág. 215 "X contra Dinamarca" en Décisions et Rapports, 7, pág. 153. "Campbell contra Reino Unido" en Décisions et Rapport 12, pág. 49.

"El artículo 24 confiere al Estado la posibilidad de presentar una reclamación por "cualquier infracción del Convenio", que crea poder imputar a otro Estado contratante. Se extiende la facultad, cuando los hechos son imputables:

"a una persona física, una organización no gubernamental o un grupo de particulares" (209).

Concurre, pues, en este aspecto, una diferencia notable del "interés general" en el respeto del Convenio que prevalece en el artículo 24 y autoriza a los Estados Partes a actuar contra cualquier infracción, mientras el artículo 25 exige del reclamante individual que se pretenda "efectivamente lesionado por la violación que aduce" (210).

(209) Véase asunto n° 176/56 "Grecia contra Gran Bretaña" decisión del Comité de Ministros de 20 de abril de 1958, en *Annuaire*, II, pág. 183. Asunto n° 299/57 "Grecia contra Gran Bretaña", decisión del Comité de Ministros de 14 de diciembre de 1959 en *Annuaire*, II, pág. 187. Asunto n° 788/60 "Austria contra Italia" véase Informe de la Comisión y decisión del Comité de Ministros de 23 de octubre de 1963 en *Annuaire*, vol. VI, pág. 741. Asuntos n° 3321/67, 3322/67, 3323/67 y 3344/67 de "Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos contra Grecia" en *Annuaire*, vol. X, pág. 587. Informe de la Comisión de 5 de noviembre de 1969 y Resolución D. H. (70) 1 de 15 de abril de 1970, Véase vol. XI, pág. 691 sobre la admisibilidad. Asunto Klass y otros contra República Federal de Alemania, Publ. Cour. Eur. Série A, n° 28, pp. 17-18, párf. 33.

(210) Asunto "Irlanda contra Reino Unido", Publ. Cour. Eur. Série A, n° 25, pp. 90-91, párf. 239-240. Asunto "De Becker contra Bélgica", Publ. Cour. Eur. D. H., Série A, n° 4, pág. 26 in fine. Asunto De Wilde. Ooms, Versyp, Publ. Cour. Eur. D. H. Série A, n° 14, pág. 10, párf. 22.

Realmente la determinación del perjuicio concreto, no depende del artículo 25, que exige la definición de víctima. Así lo manifestó el Tribunal en el asunto "Marckx contra Bélgica" (211). El Tribunal desestimó la alegación gubernamental por entender que las recurrentes, madre e hija, se hallaban directamente afectadas por la legislación discriminatoria en materia de filiación natural, puesto que afectaba a su status jurídico, tanto de la madre soltera como de la hija natural.

En cuanto a los hechos todavía no acaecidos, la Comisión no es competente para pronunciarse sobre estos. No es jurídicamente posible que la Comisión se manifieste y examine reclamaciones presentadas en virtud del artículo 25 que se refieran a derechos de carácter individual, que todavía no han sido violados, reclamándose únicamente por su eventual violación futura. Este sería el supuesto de un proyecto de ley que todavía no ha entrado en vigor y que por consiguiente no ha sido todavía aplicado en detrimento del particular. En este caso la Comisión declara la inadmisibilidad en los siguientes términos:

"Cualquier examen de las reclamaciones presentadas en virtud del artículo 25 debe referirse a actos específicos de las autoridades del Gobierno demandado y que se hayan realizado en detrimento del recurrente interesado" (212).

(211) Publ. Cour. Eur. D. H. Série A n° 31, párrafo 27.
Véase Comentario en R.I.E. vol. 8, n° 2, pp. 607-609.

(212) Asuntos números: 7823-7824/77 contra Gran Bretaña, véase Public. Cour. Eur. D. H, vol. 11, pp. 221, 231-244.

los hechos no acaecidos no pueden generar la noción de víctima del reclamante, pues el artículo 25 prescribe que se ha de tratar de la "víctima de una violación" actual, y no es admisible basar la reclamación en suposiciones futuras.

La Comisión analiza, asimismo, si el derecho de acción individual se ejerce con relación a actos del Estado acaecidos o no después de la declaración de aceptación de tal derecho. Igualmente se tiene presente la ampliación del derecho de recurso individual a otros territorios. Es indudable que los hechos impugnados deben necesariamente haber ocurrido o sido cometidos con posterioridad a la declaración, o de lo contrario deben referirse a una "situación de continuada violación" (Asunto De Becker contra Bélgica) (213).

El principio de la declaración de aceptación de la competencia de la Comisión -artículo 25-, se limita a los acontecimientos o hechos posteriores al depósito de la declaración (214).

(213) Asunto n° 7202/75 contra Gran Bretaña, la ampliación del derecho de recurso individual se había efectuado respecto del territorio Bailiwick de Jersey. Véase *Décisions et Rapports*, 7, pág. 102.

(214) Véase Sentencia de 27 de Marzo de 1962. En *Publ. Cour. Eur. D. II. Série A*, párrs. 4, 10-15, pp. 23 y ss.

En este caso la recurrente impugnaba que no gozaría de un juicio equitativo de conformidad con lo exigido en el artículo 6 (1). Asunto n° 7986/77. "Krause contra Suiza", en, *Recueil des Décisions*, 13 pp. 73 y ss. Asunto "Golder contra Reino Unido" en, *Publ. Cour. Eur. Série A*, n° 18, pág. 45, párrafo 32.

Puede ocurrir, también que haya cesado la condición de víctima del reclamante por haberse subsanado la medida interna controvertida. Respecto de los Asuntos 2822/66 y 2428/65 hay que puntualizar que en el primer caso la demanda se refería a la medida judicial que le fue impuesta al recurrente para que devolviera el hijo a su ex mujer, de la que se hallaba divorciado. Con posterioridad a la introducción de la reclamación el recurrente obtuvo la custodia de su hijo y por tanto cesaba su condición de víctima.

En el segundo asunto presentado también contra la República Federal de Alemania motivó la anulación de las medidas de suspensión de la sentencia. Como consecuencia de la introducción de la reclamación se suspendieron las medidas que atentaban contra el artículo 10 del Convenio, desapareciendo por tanto la condición de víctima del recurrente (215) del artículo 25 (216).

5. Interpretación Restrictiva.

Cabe generalizar el criterio de que la noción de víctima se interpreta de modo restrictivo. La Comisión en ocasiones ha revalorizado el elemento del perjuicio sufrido y por tanto declara inadmisibles numerosas demandas reduciendo el número de personas que podrán ejercer el derecho de recurso individual. En este sentido la Comisión rechaza, como señalamos la demanda

(215) Asunto n° 6323/73 contra Italia, en *Décisions et Rapports*, 3, pág. 80.

(216) Véase Asuntos 2822/66 y 2428/65 contra la República Federal de Alemania en *Récueil des Décisions* 26, pág. 42 y el segundo presentado contra éste mismo Estado en *Récueil des Décisions* 25, pág. 1.

por falta de interés jurídico. La Comisión no ha aceptado, en principio, la noción de víctima potencial, pues como hemos visto, se considera incompetente para examinar en abstracto la compatibilidad de una ley con el Convenio (salvo que comporte un perjuicio para el demandante). Así se manifestó en la Decisión de la Comisión en el Asunto n° 290/57, el demandante denunciaba la ley irlandesa que autorizaba la detención administrativa, la Comisión desestimó la petición en base a que no le había sido aplicada la presunta víctima (217).

De la práctica de la Comisión relativa al artículo 25 se desprende en primer término que el demandante debe considerarse víctima y en segundo lugar debe, poder justificar un perjuicio o en su defecto deberá probar un interés personal válido para que se ponga fin a dicha violación.

La revalorización del elemento del perjuicio sufrido posibilita a la Comisión, para declarar inadmisibles numerosas demandas, reduciendo notablemente el número de particulares que tengan acceso ante el órgano europeo para ejercer el derecho de recurso individual y otra consecuencia inevitable se traduce en una reducción de las reclamaciones que la Comisión podrá examinar en cuanto al fondo. Sin embargo en los supuestos en que el perjuicio se derive de un atentado contra el derecho de propiedad la Comisión admite que si fallece la víctima directa en el procedimiento ante ésta lo prosigan los causahabientes de la víctima. También se reputará víctima al accionista mayo-

(217) Asunto n° 290/57, Decisión de 29 de marzo de 1960 en *Annuaire*, vol. III, pág. 215. Vasak, K., afirmaba que la Comisión no había aceptado la noción apuntada, *Op. cit.* pp. 98-99.

ritario de una sociedad que hubiese sufrido un atentado contra el art. 1 del Protocolo adicional (218).

Cuando la Comisión examina muy de cerca la cuestión del estatuto de víctima del demandante individual, principalmente cuando el Gobierno demandado no le reconoce dicho estatuto, para determinar si el interés aducido corresponde a las exigencias del art. 25 su complejidad requiere un examen del fondo del asunto (219).

En el análisis de los informes y resoluciones de los órganos de control del Convenio hemos observado una tendencia práctica distinta y reciente. La Comisión parece, ahora, más propicia a admitir el criterio de víctima potencial. En el asunto "Campbell y Cosans contra Gran Bretaña", se planteaba si el recurrente o su hijo, podían considerarse víctimas a la luz del artículo 25, estos reclamaban por el uso de castigos corporales como medidas de disciplina empleadas en los colegios escolares.

(218) Müller E., - Rappard, Ob. cit. pp. 56-57.
En cuanto al derecho de propiedad véase Asunto n° 1706/62, Decisión de la Comisión sobre la admisibilidad, en Annuaire, IX, pág. 113.

(219) Asunto n° 936/63, "Neumeister contra Austria", en Annuaire, vol. VII, pp. 225, y ss. y pág. 241. Decisión de la Comisión sobre la admisibilidad de los asuntos números 1774/62, 1677/62, 1691/62 y 1769/63 "Ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica": en Annuaire, vol. VII, pág. 141. Asunto n° 436/58 el demandante denunciaba una decisión del Tribunal interno en un supuesto en el que carecía de interés jurídico, y debido al mero temor de que dicho precedente pudiese ser utilizado por sus empresarios en perjuicio suyo en el futuro. En Annuaire..., vol. II, pág. 386.

La Comisión admitió la calidad de víctimas de ambos (220). Esta interpretación evolutiva acepta la calidad de víctima que se reputa como tal, aunque no haya podido probar su condición efectiva, debido a la propia naturaleza de las medidas impugnadas (Asunto n° 5029/71 contra República Federal de Alemania)(221).

La Comisión manifiesta ciertas reservas en ocasiones frente a las demandantes individuales, y se inclina a favor de una interpretación restrictiva de la noción de víctima. En este sentido se manifestaba en su decisión del 7 de Julio de 1957.

"dans la mesure où le requérant se plaint d'un jugement rendu dans une affaire à laquelle il n'était pas partie il ne peut se prétendre victime".

De modo que la Comisión declaró la demanda inadmisibile en virtud del artículo 27 (2), supuestos diferentes son los que afectan a la condición de víctima de particulares que hubiesen sido incapacitados parcialmente, ya fueren menores o detenidos. Estos deben considerarse capacitados para actuar en virtud del art. 25, y si se hallasen imposibilitados para

(220) Asuntos n° 7511/76 y 7743/76, en Recueil des Décisions n° 12, pp. 49 y ss. y pp. 140 y ss. Véase comentario en Eugrz, 78, pág. 51 y sentencia de 25 de febrero de 1982, párf. 38. El Tribunal declara que las recurrentes han sido víctimas de la violación de la segunda frase del art. 2 del Protocolo n° 1.

(221) "Klass y otros" en Annuaire XVII, pág. 179. Véase Comentario en "Eugrz", 77, pág. 419.

actuar por sí mismos la Comisión admite que cualquier otra persona formule la reclamación en nombre de la víctima (222).

6. La noción de víctima potencial.

La Comisión defendió recientemente en el asunto "Klass y otros contra la República Federal de Alemania" una noción más amplia de la víctima. Hemos de señalar la interpretación que al efecto realizó el Tribunal; porque tanto el Gobierno como la Comisión atribúan y reconocían la competencia del Tribunal para establecer si en este asunto concreto los recurrentes eran o no "víctimas" en el sentido del artículo 25 (223).

Los recurrentes se pretendían "víctimas potenciales", porque si bien no habían sufrido una violación se consideraban legitimados para reclamar ante la Comisión por la eventualidad o incertidumbre de verse sometidos a vigilancia, en el ejercicio de su derecho a comunicarse libremente o por haberlo sido anteriormente, sin poder probarlo, solicitaban que el Tribunal, declarase la legislación impugnada incompatible con el contenido del Convenio; pretendían, según el gobierno, que el Tribunal ejerciese un control abstracto y general respecto de la legislación impugnada.

La Comisión admitió la tesis de los recurrentes en vir-

(222) Asunto n° 436/58. Decisión de la Comisión sobre la admisibilidad en Annuaire, vol. II, pág. 386. Asunto n° 1527/62 en Annuaire vol. V, pág. 239 y Asunto n° 282/57 en Annuaire, vol. II, pág. 164.

(223) Recueil des Textes, pág. 108.

tud del criterio amplio de la noción de víctima; se auxilió para ello del contenido del artículo invocado. A la luz del artículo 8, para pretenderse "víctima" de una violación del Convenio, no es necesario que haya habido "una auténtica ingerencia" en el disfrute del derecho; es suficiente con que exista una situación que amenace seriamente el libre disfrute o ejercicio del derecho en cuestión (224).

En palabras de la Comisión "la situación en la que existe un riesgo serio ("risque sérieux" "reasonable risk") de ser vigilado secretamente, la condición de víctima hipotética se transforma en "víctima directa", puesto que la legislación vigente en la República Federal de Alemania, suponía un riesgo real de ser sometido a una vigilancia secreta que perturbaba por sí misma la libre comunicación y que no se justificaba exclusivamente por la eventual sospecha de tener cualquier particular contactos con individuos que se dedicasen a actividades subversivas.

En tales circunstancias cualquier persona se podía ver perturbada en el disfrute del derecho que le garantiza el artículo 8; cualquier usuario de los medios de comunicación o cualquier futuro o eventual usuario podía ser objeto de las medidas impugnadas. La cuestión planteada ofrecía cierta singularidad. Se trataba de saber si los particulares tenían o no derecho a ser informados de cualquier medida adoptada por las autoridades públicas secretamente y que pudiera afectarlos directamente; esto es, si los particulares tenían o no "derecho a ser informados prontamente". Esta posible actuación del poder público

(224) Ibidem, pág. 104.

¿constituía una ingerencia en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio?

El Tribunal procedió en primer término a pronunciarse sobre su propia competencia (225).

7. Facultad del Tribunal de interpretar la noción de víctima del artículo 25.

El Tribunal afirmó su propia competencia para examinar todas las cuestiones tanto de hecho como de derecho que se planteen durante el debate de un asunto, incluso si las cuestiones controvertidas se refieren a la admisibilidad de la demanda. Esta facultad del Tribunal no merma en absoluto la competencia de la Comisión en su labor de calificación y de filtro que le confía el artículo 27 (226).

El Tribunal tenía, a su juicio, no solo capacidad, sino la obligación de aclarar la alegación gubernamental que pretendía la inadmisibilidad de la demanda.

(225) Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 28, párf. 31, pág. 16.

(226) En consecuencia el Tribunal "constate donc qu'elle a compétence pour examiner la question qui se pose sur le terrain de ce texte". (Se refiere a la interpretación de la noción de víctima en el sentido que le atribuye el artículo 25).
Ibidem, párf. 32, pág. 17, e invoca su jurisprudencia: Asuntos de "Vagabundeo" "Régimen Lingüístico Belga" Handyside" "Irlanda contra Reino Unido" en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 12, párf. 45-54, pp. 29-30. Série A, n° 5, pág. 18. Série A n° 24, párf. 41, pág. 20, y Série A, n° 25, párf. 157, pág. 63, respectivamente.

Para ello, debía proceder nuevamente al examen de la admisibilidad sobre la que ya se había pronunciado la Comisión en sentido afirmativo; y que había desestimado la excepción gubernamental de inadmisión por considerar que los recurrentes eran auténticas víctimas en el sentido del artículo 25. La Comisión admite, como expusimos, que la determinación de la condición de víctima puede exigir por su complejidad un examen de fondo del asunto, para aclarar si a la luz del artículo 25 el interés eventual que alega el recurrente corresponde a las condiciones del artículo 25, en cuanto a su calidad de víctima (227).

Parecía evidente que la determinación de la condición de víctimas de los recurrentes constituía una auténtica cuestión de fondo que no podía, en modo alguno, ser eludida por el Tribunal. El Tribunal recordó, entonces, las características peculiares de la legitimación activa de los particulares frente a la legitimación de los Estados en el mantenimiento del orden público europeo.

En principio, y como dijimos solo puede reputarse "víctima" el que tenga un interés directo en la declaración de la violación del Estado responsable. Textualmente dijo el Tribunal:

"El artículo 25 exige que el recurrente individual se pretenda lesionado de forma efectiva por la violación que alega" (228).

(227) Recueil des Textes, pp. 104 y 108.

(228) Sentencia del 18 de Enero de 1978 en el "Asunto interestatal Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña", Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 25, párr. 239-240, pp. 90-91.

Se exige, naturalmente, la conexión efectiva entre la violación alegada y el perjuicio sufrido por el recurrente. Es el nexo de causalidad. Como los particulares no gozan, al igual que los Estados de la posibilidad de reclamar por "cualquier infracción", no pueden iniciar una "actio popularis" invocando el Convenio, no pueden impugnar "in abstracto" una ley por el solo hecho de estimarla incompatible con aquél (229).

El Tribunal tuvo muy presente la teleología del artículo 25, es decir, la legitimación de la víctima y el papel de esta disposición en el contexto del Convenio. Por eso, el artículo 25 figura como una de las claves del mecanismo de garantía del Convenio.

En consecuencia, cuando se trata de una demanda presentada en virtud del artículo 25, la Comisión "no tiene competencia para examinar in abstracto si una ley es conforme a las disposiciones del Convenio" (230). En cuanto a la imposibilidad

(229) La reclamación en abstracto de la legislación interna, reclamando por el interés de terceros no es suficiente para que el recurrente sea considerado "víctima en el sentido del artículo 25" Asunto n° 867/60 contra Noruega, en *Annuaire*, IV, pp. 270 y ss. En principio "no basta con que el recurrente sostenga que una ley viola los derechos que le atribuye el Convenio por su simple existencia, debe haberse aplicado en perjuicio del recurrente, pero no se requiere que el Gobierno demandado haya procedido a adoptar una auténtica medida de ejecución específica" (Asuntos "Ciertos aspectos relativos al Régimen Lingüístico en Bélgica" y Asunto "Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen contra Dinamarca"). Arrêt du 23 Juillet 1968. Publ. Cour Eur. D.H., Série A, n° 6 y Arrêt du 7 décembre 1976, Série A, n° 23, párr. 48, pp. 22-23.

(230) En este caso sin embargo, las medidas incriminadas habían sido de hecho aplicadas a los recurrentes aunque estos no habían procedido a agotar previamente los recursos internos.

de concreción de las medidas impugnadas. Es de notar que el Tribunal tuvo que dilucidar si el carácter secreto de las medidas impugnadas que obviamente dificultaban su concreción imposibilitaban o no al particular que se pretendiese víctima para recurrir ante la Comisión. La imposibilidad de prueba se debía a la naturaleza misma de la medida impugnada. El Tribunal se atuvo a la regla establecida en el artículo 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados en relación a la interpretación de los mismos.

Conforme al principio del "efecto útil", se dilucidó

.../...

En principio los demandantes no pueden recurrir ante la Comisión simplemente para impugnar una legislación interna que no les ha sido aplicada. Las características del presente asunto, la imposibilidad de probar la aplicación de la medida controvertida por el carácter secreto de la misma faculta al particular a recurrir ante la Comisión. El recurrente no es informado de si se le somete a este control o si ya no es objeto del mismo. Es decir, no hay prueba ni indicio alguno al efecto, ya que pueden haber sido sometidos a dicha vigilancia, sin apercibirlo o por el contrario puede tratarse de una mera sospecha sin que dicha práctica les haya afectado.

"La Comisión no puede examinar la conformidad de una ley nacional con el Convenio si esta ley no es aplicable a una persona física, una organización no gubernamental o un grupo de particulares, y solamente en la medida en que su aplicación implicaría una violación del Convenio en perjuicio de dicha persona física, de dicha organización no gubernamental o de dicho grupo de particulares.

Se trata de una de las "clefs de voûte", del Convenio de modo que faculta al particular para recurrir cuando se considere lesionado una vez que haya observado los requisitos de admisibilidad de los artículos 26 y 27. Véase Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 28, párf. 32, pág. 17.

la cuestión planteada atendiendo a la finalidad del sistema, a la eficacia del mecanismo que se vería sin duda debilitada si se impidiese actuar al particular negándole el acceso a la Comisión, desvirtuándose el espíritu del Convenio que se resume en "la protección del individuo" (231).

El Tribunal subrayó que el carácter de las medidas impugnadas implicaba una posible anulación del derecho garantizado en el artículo 8, que se agravaba por la indefensión del particular que, al no ser informado de la vigilancia secreta a la que se le somete no procedía ni siquiera impugnarla ya fuera ante las autoridades nacionales o internacionales.

De lo contrario hubiese favorecido el Tribunal las ingerencias públicas en la vida privada del particular cuando

(231) "La Convention et ses institutions ayant été créées par protéger l'individu, les clauses procédurales de la Convention doivent être appliquées d'une manière qui serve à rendre efficace le système des requêtes individuelles. La Cour accepte donc qu'un individu puisse, sous certaines conditions, se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation en permettant, sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui a réellement appliquées".

En cada caso el Tribunal debe proceder a analizar si las circunstancias del asunto pueden encuadrarse en tales supuestos. De forma que se precisa una definición separada atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso. En el presente asunto el Tribunal analiza la situación del recurrente respecto de las medidas secretas impugnadas así como el carácter de las mismas. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 28, párr. 34. pág. 18, y en concreto, párr. 36, pág. 19.

fuesen desconocidas por éste. El Tribunal fue consciente del peligro imperante en la actualidad de una ingerencia cada vez mayor del poder público gracias a los avances tecnológicos. El temor razonable a no poder comunicarse libremente constituye una ingerencia en el disfrute al citado derecho.

El derecho a la libre comunicación exige que las autoridades públicas no motiven una amenaza, aunque sea de una eventual vigilancia, a cualquier particular usuario de los servicios, de correos y telecomunicación del Estado.

El Tribunal en consecuencia, admite la posibilidad de recurrir ante la Comisión incluso si se trata de meras víctimas potenciales, equiparándolas a efectos de legitimación, con las víctimas directas previstas en el artículo 25:

"La Cour ne saurait admettre que l'assurance de bénéficier d'un droit garanti par la Convention puisse être ainsi supprimée du simple fait de maintenir l'intéressé dans l'ignorance de sa violation. Un droit de recours à la Commission pour les personnes potentiellement touchées par une surveillance secrète découle de l'article 25, faute de quoi l'article 8 risquerait de perdre toute portée" (232).

La falta de ingerencia efectiva, la no realización de la posibilidad legal de vigilar secretamente a los particulares no exime al Gobierno de responsabilidad, puesto que la condición de "víctimas" de los recurrentes se deriva de la incom-

(232) Recueil des Textes, pp. 104-105.

patibilidad de la legislación impugnada con el espíritu del Convenio. El Tribunal reconoce, pues, la tendencia moderna de que la condición de víctima puede darse aun en el supuesto de que los particulares no aduzcan el haber sido sometidos, en concreto a una medida de vigilancia.

"La Cour décide que les requérants sont chacun en droit de "se prétendre victimes d'une violation" de la Convention bien qu'ils ne puissent alléguer à l'appui de leur requête avoir subi une mesure concrète de surveillance. Pour savoir s'ils ont réellement été victimes d'une telle violation, il faut rechercher si la législation contestée cadre en elle-même avec les clauses de la Convention" (233).

El Tribunal no procedió sin embargo, a examinar si el "derecho a ser informado" en estas circunstancias, se halla protegido o no por el Convenio. En este sentido y a favor de su reconocimiento se manifestó el miembro de la Comisión, el italiano G. Sperdutti (234).

No es ahora tan relevante como anteriormente la condición de la persona a la hora de determinar la condición de "víctima". Se ha superado la duda de si puede pretenderse víctima tanto una persona natural como jurídica. El recurrente que se

(233) Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, vol. 28, párf. 38, pág. 20.

(234) Ibidem, párf. 39-60, pp. 20-28 y párf. 73-75, pp. 32-33.

pretende víctima de una violación del Convenio, supuesto del artículo 10, la libertad de expresión no está incapacitado por el hecho de que posea personalidad natural o jurídica.

En este sentido se pronunció la Comisión en las Decisiones sobre admisibilidad de las demandas. N° 2690/65 *Telvizier contra Países Bajos*, n° 5178/71 *De Geillustreerde Ders N. V. contra Países Bajos*, n° 6538/74 *Times Newspapers Ltd. y otros contra Gran Bretaña* (235).

f') Libertad e independencia del particular en el ejercicio de su derecho.

Para facilitar el ejercicio del derecho se ha suscitado la posibilidad de establecer una "personalidad independiente" para asistir al recurrente individual. De esta forma se trataría de asistir a los individuos por lo que se refiere a la presentación de reclamaciones ante la Comisión europea. La necesidad de orientar los esfuerzos en esta dirección se ha precisado en los siguientes términos:

"La creación en cada Estado que haya reconocido el derecho de recurso individual a la Comisión, de organismos que actúen para la salvaguarda del Derecho Público europeo y que sean idóneos para procurar a los individuos la asistencia necesaria por lo que se refiere a la presentación de recur-

(235) En *Annuaire*, vol. XVI, pág. 124 y sentencia del 26 de abril de 1979, relativa al fondo y del 6 de noviembre de 1980 relativa a la aplicación del artículo 50. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 30 y n° 38.

sos en el sentido del artículo 25 del Convenio" (236).

Esta eventualidad redundaría a nuestro juicio en beneficio no solo del particular sino del propio procedimiento ante la Comisión que se vería mejor protegido frente a la avalancha de reclamaciones mal fundadas. En cuanto a la libertad en el ejercicio del derecho de recurso individual, está garantizada por el artículo 25 del Convenio (237). En la práctica se consideró necesaria la elaboración de un Acuerdo especial que garantizase el ejercicio de dicho derecho. Nos referimos al "Acuerdo relativo a las Personas que participan en los Procedimientos ante la Comisión y el Tribunal europeos de derechos humanos" (238).

(236) Sperdutti, G.: "Sulla presentazione..." Ob. cit. pág. 335.

(237) Recueil des Textes, pág. 108.
Asunto n° 4203/69 en Annuaire XIII, pp. 836, 864 y
Asunto n° 4101/69 contra República Federal de Alemania, Ibidem, pp. 720, 728.

(238) Conseil de l'Europe relatif aux personnes participant aux procédures devant la Commission et la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Estrasburgo, 1969.
El Primer Proyecto fué elaborado en Marzo, y en Agosto de 1962 fue sometido a través del Secretario General al Comité de Ministros. Existía previamente un "Acuerdo General relativo a los privilegios e inmunidades del Consejo", hecho el 2 de Septiembre de 1949, véase Séries de Traités Européens, n° 2. El Primer Protocolo a dicho acuerdo, hecho el 6 de Noviembre de 1952, figura con el n° 10 de las Series de Traités Européennes. El Segundo Protocolo hecho el 15 de Diciembre de 1956 y que figura Ibidem, con el n° 22. El Tercer Protocolo del 6 de Marzo de 1959, Ibidem, n° 28 y el Cuarto Protocolo del 16 de Diciembre de 1961. Estos Protocolos se refieren a los privilegios e inmunidades de los Representantes Permanentes acreditados ante el Consejo, Protocolo (I), a los miembros de la Comisión (Protocolo II), a la fundación y el último hace referencia a los Jueces del Tribunal.

Son beneficiarios tanto los agentes como los asesores y abogados de los Gobiernos. El apartado (a) del artículo 1, establece. "Agents of the Contracting Parties and advisers and advocates assisting them".

El artículo 1 del Acuerdo en sus apartados (a) y (e), enumera las personas a quienes beneficia el Acuerdo del 6 de Mayo de 1969. Concepto que se amplía gracias a la previsión del artículo 1 (e) (239) refiriéndose a "otras personas" llamadas a participar en el procedimiento.

Se ha valorado favorablemente su aportación:

"Its novelty lies in the fact that these participants include a much great variety of persons, who may kind themselves in a greater variety of circumstances than those commonly concerned in agreements of this sort" (240).

Su particularidad se debe en gran medida al sistema en que fué elaborado. El texto del Acuerdo fue preparado conjuntamente por el Tribunal y la Comisión europeos de derechos humanos. A primera vista, parece innovador el sistema de elaboración del Acuerdo. Lo redactaron los miembros de los órga-

(239) Véase el texto en Recueil des Textes, pp. 201 y ss.

(240) Robertson, A.H.: "Agreement relating to persons participating in proceedings of the European Commission and Court of Human Rights", en Miscellanea W.J. Ganshof vander Meerch, T.I., Bruselas 1972, pp. 545-564, en concreto pág. 546 y "Human Rights in Europe" Manchester 1977, pp. 154-158.

nos de control (Comisión y Tribunal), con total independencia de sus respectivos Gobiernos.

Sin embargo, los resultados no fueron excesivamente prácticos, porque hubo de recurrirse al procedimiento clásico de negociación de tratados. El proyecto se remitió al Comité de Expertos en Derechos humanos, cuyos miembros operan en virtud de las directrices que les dictan sus respectivos gobiernos. Y en la aprobación del texto definitivo intervino asimismo el órgano asesor del Comité de Ministros (241).

En las categorías incluídas en el texto se ha cuestionado la diferencia entre consejero ("counsel" (conseil) y abogado ("advocate" (avocat). Es simplemente una cuestión terminológica.

"It would appear that "counsel" is a poor translation of the French "conseil" (242).

La misma terminología había sido utilizada previamente por el artículo 17 del Tribunal Internacional de Justicia (243).

(241) Rapport du Comité d'Experts. Véase Doc. II (69) 15 de 27 de Octubre de 1969.

(242) Robertson, A.H., Ob. cit. pág. 249 y nota 11. El texto francés establece "les agents des Parties Contractantes ainsi que les conseils et avocats qui les assistent", (apartado (a) del art. 1) en Recueil des Textes, pp. 202 y ss.

(243) Véase "Acts and Documents relating to the organisation of the International Court of Justice, Séries D, pp. 86-90.
En el supuesto del Tribunal de Justicia de las Comunidades se les confiere a los litigantes en virtud del Protocolo del 17 de Abril de 1957 y el Reglamento del

Y, también por el artículo 24, párrafo 2° del Reglamento del Tribunal europeo de derechos humanos que estipula la recusación de los jueces:

"Aucun juge ne peut participer à l'examen d'une affaire dans laquelle il est personnellement intéressé ou dans laquelle il est antérieurement intervenu soit comme agent, conseil ou avocat d'une Partie ou d'une personne ayant un intérêt dans l'affaire, soit comme membre d'un tribunal d'une commission d'enquête ou à tout autre titre" (244).

El Acuerdo reviste singularidad en cuanto que se refiere también al ejercicio del derecho de recurso individual por particulares (art. 25 del Convenio). Si el Estado demandado ha reconocido el derecho de recurso individual, (245) también se ha comprometido:

"a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho" (246).

.../...

Tribunal del 11 de Noviembre de 1959, en Journal Officiel des Communautés du 1959, pp. 349-370, y del 1960, pp. 13 y ss. pp. 17 y ss (arts. 32 y ss. y 47 y ss).

(244) Recueil des Textes, pág. 409.

(245) Modinos, P.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Ses origines, ses objectifs, ses réalisations", en: Annuaire Européen, vol. 1, La Haya 1955, pág. 167.

(246) Recueil des Textes, pág. 108.

.../...

La Comisión cuando el recurrente alega la existencia de alguna traba en el ejercicio de su derecho, procede a comprobar la existencia del obstáculo y requiere al Estado interesado para que haga desaparecer el obstáculo o impedimento aducido y en ese caso no se aplican las reglas generales de admisibilidad. De lo contrario el particular no está legitimado para proseguir la acción.

Es crucial para que el recurrente pueda ejercer eficazmente el derecho de recurso individual que se le asegure la libertad de manifestarse y comunicarse libremente con la Comisión o con el Tribunal si su asunto fuese elevado ante el órgano jurisdiccional. Esta libertad e independencia son necesarias incluso una vez que ha finalizado el procedimiento ante los órganos de Estrasburgo, y estas garantías se le conceden a partir del momento mismo en que el recurrente entra en relación con la Comisión.

Estas garantías se condicionan a que el Estado demandado hubiese reconocido al particular el ejercicio del derecho de recurso individual (247), y al propio comportamiento digno

.../...

"... a l'expression "participer a la procédure" vise aussi toute communication préliminaire tendant à l'introduction d'une requête dirigée contre un Etat qui a reconnu le droit de recours individuel selon l'article 25, de la Convention". (Párrafo 2° in fine del Art. 1 del Acuerdo), en Recueil des Textes, pág. 202.

El Comité de Expertos en Derechos humanos que "tomen parte en los procedimientos" incluirá "making communications with a view to a complaint against a State which has recognised the right of individual petition under art. 25 of the Convention", véase Robertson A.H. Ob. cit. pág. 545.

(247) Recueil des Textes, pág. 202, véase Asunto n° 5265/71 contra Gran Bretaña en Décisions et Rapports, 3, pág. 5.

del recurrente. El artículo 2 estipula la inmunidad de jurisdicción de los beneficiarios del Acuerdo de 1969, siempre que se trate de aquellas actividades que formen parte de los procedimientos (248). Se impone a los particulares la obligación de no divulgar las declaraciones efectuadas o los testimonios presentados en los procedimientos ante la Comisión o ante el Tribunal. La conducta incorrecta del beneficiario y que entorpezca la administración de justicia, no le permite invocar los privilegios, inmunidades y facilidades que le otorga el Acuerdo. La Comisión o el Tribunal deberán retirarles dicha inmunidad, siempre que no se oponga a la finalidad prevista en el artículo 1.

El elevado número de demandas presentadas por particulares privados de su libertad concede interés especial, singularmente, a la libertad de correspondencia de los detenidos garantizados en el artículo 3, párrafo 2, del Acuerdo, en cuyo apartado a) se estipula el derecho a que su correspondencia no sea retenida por las autoridades penitenciarias que están obligadas a tramitarla expeditivamente, aunque pueden abrir las cartas y leerlas sin enmendarlas (249). El apartado (c) les garantiza el derecho de comunicarse con un letrado.

(248) Les personnes visées au premier paragraphe de l'article 1 du présent accord jouissent de "immunité de juridiction à l'égard de leurs déclarations faites oralement ou par écrit à la Commission ou à la cour, ainsi qu'à l'égard des pièces qu'elles leur soumettent".

(249) No hubo prueba suficiente respecto a la perturbación del derecho a la libertad de correspondencia. Igual ocurrió en los asuntos n° 5371/72 y 6579/74 en Recueil des Décisions 46, pág. 85, la demanda fue retirada. Tampoco pudo probarse la interferencia en el ejercicio del derecho del detenido que reclamaba por el traslado de prisión. Asunto n° 5282/71, en Recueil des Décisions, 42, pág. 99.

La libertad de movimientos es fundamental a estos efectos, el artículo 4 la garantiza en principio, aunque admite una serie de limitaciones, que son idénticas a las incluidas en el artículo 2 del Protocolo IV del Convenio. Estas limitaciones no dejan indefenso al recurrente puesto que la Comisión puede enviar "in situ" a sus delegados para que oigan al particular retenido. Se entiende que tendrán derecho de tránsito para desplazarse a Estrasburgo, las personas inculpadas por hechos acaecidos, con anterioridad al inicio del desplazamiento.

Los Estados están capacitados para imponer restricciones que deberán estar justificadas en razón de un interés objetivo. Se admite la posibilidad de que el Estado imponga restricciones que puedan considerarse:

"in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, for the detection or prosecution of a criminal offence or for the protection of health".

.../...

Véase Asunto n° 4351/70 contra República Federal de Alemania en *Annuaire* XIII, pp. 914-920.
Véase asimismo Asunto n° 3868/68 en *Annuaire*, cit. pp. 600-618 y *Recueil des Décisions* 34, pág. 10.
En cuanto a la actitud de las autoridades penitenciarias Asunto n° 4225/69 contra Gran Bretaña, en *Annuaire* XIII, pp. 864 y 886. Se comprobó la ingerencia en los asuntos n° 3717/68 contra Irlanda en *Annuaire* XIII, pág. 528 y *Recueil des Décisions*, 31, pág. 96.

Se ha afirmado que las previsiones del artículo 4 del Acuerdo parecen haber establecido un grado razonable de libertad de movimientos para acudir a los procedimientos de la Comisión y del Tribunal (250). Es preciso valorar que, como es lógico, sólo la Comisión y el Tribunal están capacitados para suspender el disfrute de los privilegios e inmunidades, aunque el Estado interesado deberá aportar pruebas que justifiquen la medida, al igual que el recurrente que alegue la violación de su derecho deberá aportar pruebas del obstáculo interno (251).

C. Normas esenciales de los órganos fiscalizadores y de decisión sobre los derechos de reclamación y de reparación individuales.

1. La Comisión europea de Derechos Humanos.

a) Naturaleza jurídica y el acceso directo de las personas físicas y jurídicas.

La Comisión es el órgano más sobresaliente de la estructura ejecutiva y de la protección individual del Convenio. Su constitución estaba prevista y fue creada inmediatamente después de la entrada en vigor del mismo. La primera cuestión que analizaremos es la relativa a su verdadera naturaleza jurídica, de la que depende el mejor conocimiento de sus funciones, y de su competencia en el ámbito de la protección europea de los derechos humanos.

(250) Robertson, A.H., Ob. cit. pág. 560.

(251) En cuanto a la presentación de pruebas. El recurrente reclamaba por no disfrutar del derecho de recurso individual para reclamar contra su culpabilidad. No pudo comprobarse que se le hubiese obstaculizado su derecho, véase Asunto n° 5158/71 contra Austria, en Recueil, cit. vol. 42, pág. 136.

Aparentemente, la Comisión no se presenta, en sentido estricto, como un órgano judicial, ya que esa designación, según el propio Convenio, le corresponde al Tribunal. Sin embargo, siendo como es la Comisión, el órgano principalmente llamado a decidir la admisión o no, esto es, la admisibilidad de las demandas o instancias de protección y tratándose al mismo tiempo, según el propio Convenio, de decisiones definitivas, pudiera deducirse que la actividad de la Comisión resulta, en la práctica, muy próxima a la característica de la acción judicial.

El tema merece atención, porque fácilmente se le califica de instancia "sui generis", y porque, tampoco, se puede decir que sea un órgano de igual naturaleza y funcionamiento que los tribunales internos. Se ha dicho, con justeza, que la Comisión desempeña un papel tan diplomático como judicial y, por otro lado, la misión de la Comisión ante el Tribunal no es litigiosa, sino funcional (252).

(252) Se ha dicho que la naturaleza de la Comisión viene condicionada por la transacción de las Partes. Textualmente:

"Solution de compromis entre les exigences contradictoires de l'individu - à qui les promoteurs de la Convention, voulaient ouvrir les portes du prétoire international d'un côté, et de l'Etat qu'il fallait protéger contre les recours individuels abusifs de l'autre, la création de la Commission résume, sans doute, l'originalité de la Convention. N'étant pour l'individu qu'un succédané de la Cour, alors qu'elle est le tribut payé, sinon l'hommage rendu aux souverainetés des Etats...". Vasak, K.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", (Les Organes de la Convention 1 Cahier). En Juris classeur de Droit International. Fascicule 155, 1 Cahier, 9, 1969, Paris, 1969, pp. 12-13.

La naturaleza jurídica de la Comisión no puede, sin embargo, establecerse tan solo en base a un criterio teleológico, es decir atendiendo a las funciones que le han sido encomendadas, pues importa no olvidar el contexto en el que se creó este órgano para comprender cual es su auténtica naturaleza. Es cierto que las funciones que le han sido encomendadas podrían llevarnos a pensar que se trata de un órgano de carácter judicial. Pero esto no se corresponde sino con una parte de la tarea que le ha sido encomendada.

Se suele subrayar, también, el papel de la Comisión como desestimadora de demandas inadmisibles. Pero esta tarea aunque ocupa gran parte de su labor no creemos que pueda, ni deba desempañar la relevancia de otras tareas que son desde nuestro punto de vista esenciales: el papel diplomático negociador de intermediaria entre las partes, y la misión funcional que ejerce ante el Tribunal en lo que se ha calificado de defensora de los intereses del particular ante el Tribunal, supliendo la falta de acceso del mismo.

En la práctica el sistema de actuación de la Comisión tiene por objeto evitar que se le considere como un órgano jurisdiccional con una tarea que le inhabilitaría para una función juzgadora y debido también, esencialmente, a la falta de competencia obligatoria del Tribunal. Pero incluso en estos casos no compete a la Comisión la decisión final sino que corresponde al Comité de Ministros.

El carácter final de su decisión se ha criticado por creer que redundaría en beneficio de los Estados que puedan elevar, nuevamente, las excepciones de inadmisibilidad ante el Tribunal, como exponemos, más adelante. Esta eventualidad es la actitud más predominante en los supuestos de reparación. La consecuencia de esta facultad estatal implica la posibilidad de una de-

claración de inadmisibilidad contraria y posterior por parte del propio Tribunal.

Es significativo a la hora de establecer la naturaleza de la Comisión que el Tribunal no se configura como una instancia de apelación respecto de la Comisión, sino del único órgano de carácter judicial a quien corresponde la decisión final. Aunque la Comisión pueda, sin duda alguna ayudar al Tribunal al que está asociada por el propio Convenio.

La Comisión no tiene, tampoco el carácter de órgano o tribunal de apelación que pueda derogar las decisiones internas contrarias al Convenio. Su misión es la de asegurar los compromisos asumidos por las Partes Contratantes en virtud del Convenio y de sus Protocolos Adicionales. En relación con los tribunales internos, las decisiones de la Comisión y no la jurisprudencia como a veces se comenta su labor, tienen gran valor para las autoridades internas por la propia voluntad de los Estados-Partes de someterse al sistema de control establecido. Supeditando su actuación al control por órganos internacionales.

Esta voluntad, como hemos visto, se acentuó al llegarse a un compromiso entre los autores del Convenio que permitió establecer la Comisión y el Tribunal, frente a los partidarios de la instauración de una Comisión única (253).

(253) Con motivo de la redacción de la enmienda al antiguo artículo 16 se debía a la voluntad de conferir un mayor poder a la Comisión si se excluía el Tribunal. Se ha dicho que en la primitiva práctica de la Comisión ésta confundía las reglas relativas a su competencia y las relativas a la inadmisibilidad de las demandas:

Importa subrayar, que el Informe de la Comisión no es absolutamente vinculante respecto del auténtico órgano jurisdiccional del Tribunal. Las funciones características de la Comisión se cifran en el examen e investigación de la reclamación, el esclarecimiento de los hechos y a formular su opinión en cuanto al Derecho (254).

.../...

"ce n'est que depuis le 11 Janvier 1961 qu'elle établit une distinction entre les règles gouvernant sa compétence et établit une distinction entre les règles gouvernant sa compétence et les conditions de recevabilité des requêtes, encore ne fait elle depuis cette date, cette distinction qu'épisodiquement, continuant à utiliser fréquemment sa formule antérieure". Véase Monconduit, F.: "La Commission européenne des Droits de l'Homme, Leyden 1965, Cap. II, pp. 155-214, en concreto pág. 155, y respecto de la práctica iniciada en 1961, se refiere al asunto n° 788/60 "Austria contra Italia". Declara que las reclamaciones se encuadran en el marco del Convenio, descarta su "incompetencia ratione materiae" y señala "considérant qu'aucun autre motif d'incompétence ou d'irrecevabilité n'a été retenu d'office", "Where as it has not found ex officio any other grounds of incompetence or inadmissibility". Véase Annuaire... vol. IV, pág. 183. Y por último respecto del peligro apuntado véase Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Eur. D.H. vol. 1, pp. 90-91.

- (254) En la propuesta de enmienda de Chaumont, se obligaba al Estado a facilitar debidamente la labor investigadora de la Comisión. En el mismo documento los expertos Roed y Welter, propusieron que fracasada la conciliación, la Comisión "constatará los hechos y facilitará, si es posible, una exposición de su opinión". Dupuy, J.: "La Commission européenne des droits de l'homme", en A.E.D.I., 1957, pp. 449-477.

Para que la Comisión fuera un órgano judicial debería reunir las condiciones exigidas en el artículo 6 respecto a los Tribunales nacionales. Derecho de juzgar de forma "equitativa y públicamente", mediante un procedimiento único.

El papel importante que desempeña la Comisión se debe, sin duda, a que la aceptación de la jurisdicción del Tribunal es facultativa (art. 46) y en su defecto y en todo caso la Comisión ha de decidir sobre la admisibilidad de las demandas, decisión que es adoptada antes de que sea examinado el fondo del asunto. De esta suerte la Comisión controla "de facto" en medida decisiva, el mecanismo de protección establecido por el Convenio.

La Comisión desempeña, pues, un papel central que difiere mucho del que, inicialmente, pretendía otorgársele (255). La Comisión, al carecer el individuo de "ius standi" ante el Tribunal, se ha visto llevada por la propia dinámica del sistema protector a ser el eco de los intereses individuales, el portavoz del individuo ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos.

Incluso quienes sostienen el carácter jurisdiccional de este órgano, reconocen que la correlación órgano-función no puede siempre responder exactamente a la cuestión relativa a la naturaleza del órgano que es la Comisión (256).

(255) Respecto de la función jurisdiccional, véase Monconduit, F.: "La Commission Européenne des Droits de l'Homme". Leyden 1965, pp. 299 y ss.

(256) Respecto de la naturaleza de la función jurisdiccional Ibidem. pág. 300.

No puede considerarse a la Comisión como un "órgano judicial" pues carece de poder decisorio, vinculante, en relación a la reclamación examinada. Solo tiene poder de decisión para declarar la inadmisibilidad de las demandas conforme a lo estipulado en los artículos 26 y 27. Estos detallan debidamente cuales son las causas de inadmisibilidad decantando claramente los límites de la acción decisora de la Comisión (257).

La labor investigadora y después la celebración de un procedimiento contradictorio permite a la Comisión elaborar un Informe con una valoración jurídica de los hechos y con propuestas para la superación de los conflictos. El Informe expone la visión del pleno si es unánime, si no se incluyen los votos particulares que facilitan la labor de los órganos de decisión, porque tendrán una base de conocimiento del asunto con un buen abanico de matizaciones y consideraciones en torno a los hechos, y a su apreciación jurídica (258).

Sin embargo, debe siempre entenderse que es un órgano de investigación para lo cual tiene amplias facultades y un órgano conciliador al que corresponde una misión singular de cooperación con el Tribunal (259). La conocida labor de filtro de la

.../...

Varela Feijoo, J.: "La protección de los derechos humanos "Jurisprudencia de la comisión y Tribunal europeo de Derechos del Hombre" Barcelona, 1972, pp. 193-196.

(257) Recueil des Textes, pág. 108.

(258) Véase los arts. 28 al 31 del Convenio, en Recueil des Textes, pp. 108-109.

(259) Informe de Teitgen. Asamblea Consultiva 1950, porque el

.../...

Comisión es la que tiende a afirmar su carácter quasi-judicial, que no compartimos, y que nos parece que pretende salvaguardar con excesivo celo las prerrogativas que se la han concedido, pero no su carácter (260).

.../...

proyecto sea debatido por la Asamblea y posteriormente fuese reenviado a la Comisión y en palabras del británico Foster "servir de base à un nouveau rapport" en el *Compte Rendu analytique* de la 6 séance. Después de analizar los derechos garantizados, examina la Cuestión del sistema de garantía de los mismos. Anteproyecto del Convenio europeo de Derechos humanos preveía una Comisión de encuesta y conciliación y en el supuesto en que ésta fracasase en su intento se sometería a un Tribunal europeo de Justicia. Véase *Rec. Trav. Prep.* vol. 1, pp. 90-91.

En el Título II del Convenio sería finalmente donde se previó el establecimiento de la Comisión y el Tribunal europeos de Derechos humanos con sede en Estrasburgo, en *Recueil des Textes*, pág. 107.

- (260) Cassese A., califica esta función que ejerce la Comisión como "cuasi jurisdiccional". La Comisión tiene poder de juzgar. Cuando el pleno de la Comisión comunica una decisión en cuestión de admisibilidad, se puede afirmar que ésta actúa en su "judicial capacity". Ya que además desemboca en una decisión obligatoria que de ser positiva faculta al individuo para continuar el procedimiento invocado. Véase "Le droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme" en: "Les Clauses Facultatives de la Convention Européenne des droits de l'Homme" Bari 1974, pág. 57.

En cuanto a la posición del individuo ante la Comisión, véase Puente Egido J: "Algunas consideraciones en torno a la situación procesal de los particulares ante las instancias internacionales". En, *R.E.D.I.* 1967, n° 2, pp. 269 - 298.

b) Composición y funcionamiento como órgano de encuesta y conciliación.

La elección de los miembros de la Comisión fue debatida en el proceso de elaboración del Convenio. Se debatió si los órganos encargados de su elección podían ser el Comité de Ministros y la Asamblea Plenaria conjuntamente o bien la alternativa que preveía que la elección correspondiera únicamente al Comité de Ministros o al Tribunal europeo. La elección debía efectuarse en base a una lista de candidatos previamente seleccionados por la Asamblea, cada grupo nacional de la Asamblea debía presentar tres candidatos.

El sistema que se aprobó, confiere al Comité de Ministros la misión de elegir los Miembros de la Comisión en razón de la lista presentada por la Asamblea, en la que figuran tres candidatos de cada Estado; dos de los cuales, deben necesariamente ser nacionales, aunque aquella no podrá estar integrada por más de un nacional de cada Estado. La elección debe efectuarse por "mayoría absoluta de votos" y escrutinio secreto (261).

En la práctica los grupos nacionales integrantes de la Asamblea toman en consideración las exigencias requeridas para ejercer la función de Juez, para garantizar su "imparcialidad" ya que actúan a "título individual". Existe la posibilidad de que se elija como miembro de la Comisión a un funcionario de un Estado-Parte (262).

(261) El art. 39 (1) dispone la elección, en Recueil des Textes pág. 110.

(262) Véase Estatuto del Consejo de Europa: Composición de la

El artículo 20 establece que el número de miembros integrantes de la Comisión sea igual al de las Altas Partes Contratantes del Convenio. Con la salvedad de que "no podrá haber más de un nacional del mismo Estado" (263).

No quiere decir que cada Estado esté facultado o llamado a tener, automáticamente, un representante de su nacionalidad en el seno de la Comisión, aunque hasta el momento presente no se ha dado la posibilidad distinta. El procedimiento de elección y el período del mandato se ha dicho que sigue el modelo establecido en el artículo 13 del T.I.J. (264).

.../...

Asamblea Consultiva, art. 25, enmendado en 1970. Art. 21 (1) del Convenio. Recueil des Textes, pág. 107. Robertson A.H., señala que en la práctica, el requisito del art. 21, 1, hace que exista un miembro de la Comisión de la nacionalidad de cada uno de los Estados Partes. Véase "Human Rights in Europe" Manchester 1977, pág. 140, este autor también examina los problemas que surgen cuando se designa a un funcionario público y la práctica en este caso, a instancia de la Asamblea Consultiva, Ibidem, pág. 143, y Assemblée Parlementaire, Documents, n° 2825, par. IX de 18 de Septiembre de 1970.

(263) Recueil des Textes, pág. 107. Véase Zanghi, C.: "Osservazioni sulla composizione della Commissione europea dei diritti dell'uomo (Per un commento agli articoli 20-23 della Convenzione Europea)" en, Rivista di Diritto Europeo. Ottobre-Dicembre 1974, Anno XIV, n° 4, pp. 317-325.

(264) El art. 21 definitivo en su párrafo 1° dispondría: "Los miembros de la Comisión son elegidos por el Comité de Ministros, por mayoría absoluta de votos, de una lista de nombres elaborada por la Mesa de la Asamblea Consultiva, cada grupo de representantes de las Altas Partes

.../...

1. La duración del mandato.

El período de elección varió en cuanto a la primera elección. Se dispuso que el mandato sería de seis años siendo reelegibles (art. 22, pfo. 1) (265), pero la primera elección fue necesario que el mandato de siete miembros expirase una vez concluidos los tres primeros años, y los otros cuatro miembros conservasen su mandato por un período de seis años en el que expiraría el mismo. Su determinación la efectuaría el Secretario General por sorteo apenas que se hubiera procedido a la primera elección (266).

Estableciéndose un período máximo del mandato fijado en nueve años y un mínimo en tres años, en esta primera elección para hacer posible la renovación de la Comisión siete de los miembros de la Comisión finalizaron su misión a los 3 años de su elección. Posteriormente la elección se ha venido verificando periódicamente, produciéndose en ocasiones la reelección de sus miembros (267).

.../...

Contratantes en la Asamblea Consultiva presenta tres candidatos de los que al menos dos serán de su nacionalidad", en *Recueil des Textes*, pág. 107.
 Véase Díez de Velasco Vallejo, M., *Ob. cit.* pp. 600 y ss.
 Truyol, A., *ob. cit.* pp. 46-52.
 Castberg, F., *ob. cit.* pp. 14 y ss.
 García de Enterría E., y otros, pp. 109-111.

(265) *Recueil des Textes*, pág. 107.

(266) *Ibidem*, pág. 107.

(267) Art. 21 (3), *Ibidem*, pág. 107.

En la actualidad veintinueve son los miembros de la Comisión, siendo miembro de la Comisión europea, el Catedrático español Carrillo Salcedo, J.A. (268). El procedimiento para la elección conforme a lo estipulado en los artículos 20 a 22 se diferencia del modo de elección de los miembros del Tribunal europeo que corresponde al Comité decidir el candidato elegido (269).

Se prevee que cuando se elija un miembro como sustituto, éste cumplirá el término del mandato de su predecesor (270).

(268) Elegido en Diciembre de 1979, una vez que España hubo ratificado el Convenio. Véase R.I.E., 1980, I, pág. 239.

(269) Recueil des Textes, pág. 107, y respecto de la elección de los miembros del Tribunal véase arts. 39 y 40 Ibidem, pág. 110.
La elección se realiza por mayoría absoluta y voto secreto en base a la lista de nombres que le es dirigida por la Asamblea Parlamentaria, tema que corresponde a cada Estado, debiendo ser dos nacionales.

(270) El art. 13 del Anteproyecto se incluía un tercer párrafo a este fin. El art. 22 (5) en Recueil des Textes, pág. 107.

La Comisión después de actuar de filtro de las demandas, actuará de conciliadora y establecerá los hechos de las demandas declaradas admisibles. La Comisión ejercerá posteriormente un derecho de acción derivado o secundario, ya que será ésta la que interponga la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. El derecho de recurso indirecto a través de la Comisión requirió la creación de un Tribunal europeo adecuado algunos miembros de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Administrativas manifestaron ya en el Proyecto de Resolución presentado a la Asamblea Consultiva a su cono-

En un principio correspondía al Secretario General del Consejo de Europa convocar a la Comisión. Esta previsión quedó notablemente modificada en la práctica.

La apreciación de la conveniencia de la convocatoria de una reunión debía corresponder en parte al propio órgano y para ello debía consultarse a su Presidente (271). En la actualidad la Comisión se reúne por decisión de su Presidente, cada vez que éste estima que se dan las circunstancias que lo exigen. Debe reunirse además si lo solicita, al menos un tercio de sus miembros (art. 15 del Reglamento).

.../...

cida sesión plenaria de Septiembre de 1949, la necesidad de vincular la institución de la Comisión de investigación y conciliación con el Tribunal europeo. Esta interpretación entendía que no era conveniente la creación de una Comisión que gozase de plena independencia frente al Tribunal. Uno de los modos que previeron a fin de vincular a la Comisión con el Tribunal consistía en habilitar al Tribunal para que procediese a la elección de los miembros de la Comisión. Esta además estaría sometida a un cierto control por parte del Tribunal.

- (271) En cuanto a las modificaciones de su Reglamento marcan según Eissen M.A., una orientación claramente liberal y pueden enmarcarse en cuatro diferentes categorías:
1. Aquellas que tienden a mejorar la eficacia del funcionamiento de la Comisión.
 2. Otras a revelar la independencia y autoridad de esta última.
 3. Aquellas que tienden a reforzar la posición del individuo demandante.
 4. Finalmente aquellas tendentes a precisar las relaciones de la Comisión con el Tribunal".

.../...

En un principio se estipuló la celebración de dos sesiones ordinarias anuales, y las extraordinarias que impusiesen las circunstancias. En realidad la Comisión no celebra sesiones periódicas. Esto se debe a la variabilidad en la afluencia de reclamaciones y las múltiples tareas de sus miembros han obligado a que la propia Comisión fije la convocatoria de su próxima reunión, al término de la sesión precedente (art. 15) (272).

Esta dedicación (part-time) de los miembros de la Comisión ha sido objeto de críticas. Se replantea la posibilidad de una nueva configuración del funcionamiento de este órgano, que se solucionó parcialmente mediante la suavización del sistema de votación requerido, reducción del quorum, justificada primordialmente por la falta del carácter de permanencia de la Comisión.

Para su funcionamiento se requiere el quorum de un mínimo de 9 miembros en la celebración de sesiones plenarias. Asuntos particulares se examinan por una Comisión con una composición de seis miembros (273). La labor de la Comisión se distin-

Véase: "Le nouveau règlement intérieur de la Commission Européenne des Droits de l'Homme". en A.F.D.I., 1960, pp. 774-790.

El art. 35 del Convenio disponía que la Comisión se reunía a instancia del Secretario General del Consejo de Europa. Recueil des Textes, pág. 110.

(272) Ibidem, pág. 305.

(273) Monconduit, L., *ob. cit.* pp. 219-220.

que por su carácter confidencial, sus sesiones se celebran a puerta cerrada. Esta particularidad es muy polémica hoy en día, y no parece que fuese la intención que abrigaban los autores del Anteproyecto que preveían la publicación del Informe de la Comisión (274).

Ahora bien, el carácter confidencial se justifica primordialmente por el deseo de favorecer la labor conciliadora no solo ante la Comisión sino posteriormente ante el Comité. Incluso la publicidad del Informe se prevee como eventual sanción por parte del Comité en los supuestos en que el asunto no sea trasladado ante el Tribunal.

La falta de permanencia del órgano se suple por la Secretaría de la Comisión, en la que prestan sus servicios, abogados cualificados, y a la que corresponden las tareas administrativas y la labor que entre los intervalos de sesiones realizan los miembros de la Comisión, reuniéndose en ocasiones fuera de Estrasburgo y realizando investigaciones "in situ".

La ventaja derivada de la falta de permanencia es su movilidad y la flexibilidad discrecional de su organización, que se evidencia en la formulación de su Reglamento interno y en las sucesivas y continuas modificaciones a que se le ha sometido, en virtud de la facultad estipulada en el artículo 36 del Convenio (275).

(274) Doc. CM/WP, 4 (50) I, Confidencial y véase art. 8 del Estatuto del Consejo de Europa, en *Annuaire Européen* vol. I, Instrumento de adhesión de España al Estatuto, véase B.O.E. 1 de marzo 1978.

(275) *Recueil des Textes*, pág. 110.
Monconduit, F., ob. cit. pp. 225 y ss.

2. Cualificación de sus miembros y el carácter del mandato.

Como peculiaridades de la composición de la Comisión se pueden señalar, entre otras, las condiciones requeridas para ser miembro y el carácter del mandato de los miembros.

La cualificación para ser miembro de la Comisión radica en la buena reputación jurídica, internacional y moral de los candidatos.

No se exige su pertenencia a la carrera judicial, hecho que, para algunos puede afectar a su auténtica independencia. Los miembros de la Comisión deberán ser buenos conocedores de sus respectivos Derechos internos, cuya legislación es susceptible de ser examinada por la Comisión (276). El carácter del mandato viene claramente establecido en el artículo 23 del Convenio:

"Los miembros de la Comisión forman parte de ella a título individual". Esta disposición pretende evitar la influencia gubernamental sobre sus representantes" (277).

La importancia de la salvaguardia de los derechos humanos recaba, también, la necesidad de que los miembros de la Co-

(276) Robertson, A.H., *ob. cit.* pág. 110. Autor que cree que podría elegirse un miembro no nacional.

(277) *Recueil des Textes*, pp. 107-108.

misión sean completamente independientes en su acción y su juicio. Sin plena independencia e imparcialidad, la Comisión no podría cumplir la alta misión de salvaguardar la observancia de los principios fundamentales establecidos por el Convenio. Y éste prescribe, sin dejar lugar a duda alguna, que las funciones a cumplir por los miembros de la Comisión han de responder siempre a la honorabilidad, fidelidad e imparcialidad -y secreto- requeridos por la gran misión que les incumbe (278).

La independencia de la Comisión no ha de ser solo tenida en cuenta por los Estados nacionales, sino igualmente por el propio Tribunal, que no puede anular cualquier artículo de su Reglamento (279). El carácter de imparcialidad y de independencia de los miembros de la Comisión se manifiesta en la fórmula de prestación de juramento de los nuevos miembros al entrar a formar parte en la misma, y en la posibilidad de que

(278) Castberg, F., ob. cit. pp. 14 y ss.

(279) El art. 23 del Convenio. Recueil des Textes, pág. 107. Fue el Comité de Expertos quien en el texto modificado y presentado en la sesión del 7 de Marzo de 1950 previo a esta adición al art. 12 que en su pfo. 2 y 3 se recalca la imparcialidad de los miembros "a título individual". Y en el pfo. 3 se atiende a la posibilidad de seguir procedimiento de elección "en cuanto sea aplicable" para proveer a la elección de los miembros representantes de los Estados que se constituyan en el futuro como nuevas partes en el Convenio y para proveer a las vacantes.

sus miembros hagan constar en su Informe las opiniones divergentes de la decisión aprobada (280).

En la práctica estas condiciones se manifiestan en la trayectoria positiva de su misión, por su enorme laboriosidad y la ingente tarea llevada a cabo en los 28 años de funcionamiento (281).

Y es bien notorio que procuran ante todo salvaguardar los intereses de la parte lesionada sin obedecer en modo alguno las directrices o presiones de sus respectivos gobiernos. El ámbito de su actuación se ha ampliado notablemente gracias al creciente reconocimiento de su competencia en materia de reclamaciones individuales (282).

El tema de las llamadas "incompatibilidades" no parece

(280) El art. 31 (1) del Convenio. Ibidem, pág. 109.

(281) La Comisión empezó a actuar en 1955, cuando 6 partes reconocieron el derecho de recurso individual conforme al art. 25 (4) en Recueil des Textes, pág. 108. Se ha señalado que en la primitiva práctica ésta confundía las reglas relativas a su competencia con las relativas a la inadmisibilidad.

(282) En 1974 había sido aceptado por 13 Estados, el 31 de Diciembre de 1981, 16 Estados habían efectuado la declaración. En la actualidad solo faltan por reconocer el derecho de recurso individual: Chipre, Grecia y Turquía. Conseil de l'Europe. Etats de signatures et ratifications des Accords et Conventions au sein du Conseil de l'Europe. 1982.

estar bien definido en el Convenio, porque la función de los Miembros de la Comisión no es de dedicación plena y absoluta, y consideraciones financieras determinan en gran medida su resolución (283).

El funcionamiento, la actuación y el procedimiento de la Comisión están regulados por los artículos 28 a 36 del Convenio, que se amplían en su Reglamento interno (284). En la configuración de sus actividades se preveen las funciones del Presidente, Vicepresidentes y Secretario, que regulada por los artículos 11, 14 del Reglamento interno, y que ostentan cargos fundamentales (285). En la estructura primitiva de la Comisión se preveía el examen previo de los asuntos mediante subcomisiones que en la práctica resultaron poco eficientes. El Reglamento inicial tuvo que ser modificado, ésta necesidad se debió no solo al incremento de la actividad de la Comisión, sino al principio de continuidad en su acción que hubiese requerido la "dedicación exclusiva" de sus miembros.

Conforme al Reglamento primitivo, el examen de la cuestión de admisibilidad correspondía a un grupo de tres miembros

(283) La financiación de la asistencia. (arts. 32 y 33 de su Reglamento interno, que prevee la separación, abstención, incompatibilidades. En *Recueil des Textes*, pág. 308.

(284) *Ibidem*, pp. 108-110 y 301 y ss.

(285) El Capítulo II, art. 5 (1) especifica la elección de los mismos. El Capítulo III, en sus arts. 11 a 13 se especifica la regulación del funcionamiento de la Secretaría, en *Recueil des Textes*, pp. 304, 305.

que eran designados por el Pleno de la Comisión (art. 34, pfo. 2), y solo se preveía que el Pleno de la Comisión podía invitar a las Partes para que presentasen observaciones escritas o explicaciones orales sobre la admisibilidad de una demanda individual o estatal (art. 46).

El nuevo Reglamento, en cambio, confirió una delegación de poderes a su Presidente y estableció en atención a las necesidades surgidas, que en caso de necesidad puede proceder a la constitución de un grupo de tres, o bien sustituir a cualquier miembro que se hallase imposibilitado para participar en los trabajos de un grupo ya constituido.

El antiguo Reglamento, a diferencia del artículo 34, hablaba de "3 miembros" *uti singuli*. En la nueva redacción, por el contrario, se menciona al "grupo" como tal, lo que parece ilustrar la relevancia atribuida al mismo (286).

3. La Secretaría.

Las funciones de secretaría de la Comisión "quedarán aseguradas por el Secretario General del Consejo de Europa" (art. 37 del Convenio), y el Reglamento prevé su composición: Secretario y agentes designados de conformidad con el Convenio (arts.

(286) Véase Eissen, M.A., *ob. cit.* pp. 774-780. Travaux de la Commission relatifs à l'elaboration de son règlement intérieur. Document établi par le Secretariat, D.H. (55) 9. Dupy, J.: "La Commission Européenne des Droits de l'Homme" en A.F.D.I. 1957, pp. 449 y ss. y Recueil des Textes, pp. 309-311.

37 y 11). Las atribuciones de la Secretaría son reguladas por el Presidente de acuerdo con el Secretario General (287).

En las primitivas redacciones del Reglamento se concedía un papel mas bien modesto al Secretario. En la práctica adquirió más importancia y se sustituyó su denominación por la de "Secretario de la Comisión".

La Secretaría depende del Secretario General del Consejo de Europa. El Estatuto del Consejo le hace responder ante el Comité, (arts. 37 y 38) órgano que, en definitiva es el llamado a aprobar los presupuestos de la Secretaría (288).

Los miembros de la Secretaría y del Tribunal son funcionarios del Consejo de Europa, y por consiguiente dependen en definitiva de las decisiones del Comité. Sus funciones consisten en auxiliar a la Comisión / Sub-Comisiones y a sus miembros en el ejercicio de sus funciones. Hemos de destacar su actuación de intermediario para todas las comunicaciones relacionadas con la Comisión además del ejercicio de las funciones del Registro (289) de las reclamaciones que no se corresponde

(287) Sørensen M.: "Les expériences personnelles de la Convention: l'expérience d'un membre de la Commission" en Revue D.H. n° 3, 1975, pp. 329 y ss.
Asunto n° 343/57 "Nielsen" decisión de 2 de Septiembre de 1959. En Annuaire..., Vol. II, pp. 413 y ss. y 455.

(288) Recueil des Textes, pág. 309.

(289) El antiguo Reglamento, art. 11, párrafo 2, se refería "al agente responsable encargado de la dirección de la Secretaría de la Comisión".

necesariamente con la presentación de las mismas aunque en la práctica la Comisión no se haya mostrado formalista a efectos de cómputos de plazo conforme a la exigencia prevista en el art. 26 (2) y que requiere la presentación de las reclamaciones dentro de los seis meses a partir de la decisión interna definitiva (290).

c. Competencia ("ratione-materiae" y "ratione personae") y su relación con el Tribunal y el Comité de Ministros.

La Comisión europea ha sido instituída con el fin de "asegurar el respeto de los compromisos" contraídos por las Partes Contratantes (art. 19). Esta tarea deberá ser realizada conjuntamente con el Tribunal. Se excluye, sin embargo, la atribución de una función análoga a la Asamblea Parlamentaria (291).

.../...

Art. 13, 2, "el agente responsable de la Secretaría de la Comisión".

Art. 27, párr. 3, 39, 59, 61 y 69 "el agente que hace la función de secretario".

(290) Recueil des Textes. pp. 106-107.

(291) Recueil des Textes, pp. 106-107. Su papel de guardian solo se empezó a desarrollar a partir del 5 de Julio de 1955, satisfecha la exigencia del art. 25 (4): "La Comisión no ejercerá la competencia que le atribuye el presente art. hasta que seis Altas Partes Contratantes al menos, se encuentren vinculadas por la declaración prevista en los párrafos precedentes" en Recueil des Textes, pág. 108.

.../...

En un principio la Comisión fue concebida como un órgano cuyo carácter podría equipararse a un órgano administrativo "de filtro de las demandas" de ahí que el Convenio regule ampliamente las cuestiones relativas a la admisibilidad y en cambio no especifique las cuestiones relativas a su competencia y sea ésta en la práctica la que se halla encargado de proclamarle en los distintos supuestos que se le han presentado.

Sin embargo, es muy importante que la labor del filtro de la Comisión no desvirtue el sistema de garantía colectiva que inspira al Convenio. La investigación se realiza de oficio y ha de establecer si el objeto de la demanda está, por su propia naturaleza, comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio. El demandante no tiene que hacer, necesariamente, mención expresa y concreta de los artículos del Convenio (292).

Naturalmente la Comisión examina de oficio, el tema de su competencia para resolver la demanda conforme a las facultades que le confiere el Convenio (293). Las condiciones de la

.../...

La Comisión señaló: "our findings then have character more of the findings of a jury of experts that is experts of human rights in the free democracies of Europe and on International Law". Primer Asunto contra Grecia. n° 3321-3323/67 en Annuaire, vol. XI, pág. 691.

(292) El art. 38 -d- estipula que el recurrente aclare el objeto de la demanda y el art. del Convenio infringido, pero abre cierto margen de flexibilidad con la expresión "autant que possible" "as far as possible", en Recueil des Textes, pág. 309. Véase Weil, G.L., ob. cit. pág. 877.

(293) Asunto n° 543/57, "Nielsen", décision de 2 de septembre de 1959, en Annuaire, vol. II, pág. 455.

admisibilidad de las demandas están reguladas muy ampliamente. (Título II del Convenio) (294).

Entre las misiones importantes de la Comisión está la de esclarecer y comprobar el cumplimiento de las disposiciones del Convenio por los Derechos nacionales. Sabemos ya que, la ratificación de aquél, implica el deber de las legislaciones nacionales de incorporar de manera, más o menos, indirecta, pero automática, los principios democráticos y humanitarios suscritos. En la fase del examen de la admisibilidad de las demandas, no parece que tenga que conocer los errores de derecho o de hecho presuntamente cometidos por los Tribunales internos. Salvo y exclusivamente en la medida en que dichos errores hayan ocasionado la violación de alguno de los derechos y libertades que de forma delimitativa son enumerados en el Convenio (295).

Según la concepción de la Comisión respecto de su propia competencia ha utilizado la teoría de los poderes implícitos, que justifica en base a un criterio funcional; será por tanto competente en tanto que desarrolle las funciones inherentes a la misión para la que ha sido establecida (296).

(294) Recueil des Textes, pp. 106-107.

(295) Art. 19, Ibidem, pág. 106, Fawcett, J.E.S., "European Commission of human rights at work en" World today, vol. 28, n° 5, May 1972, pp. 209 y ss.

(296) Asunto "Lawless" en Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, Audiencias des 3 Octobre 1960. Exposición Presidente Waldoock, H. para justificar su papel ante el Tribunal europeo. Monconduit, F., ob. cit. pág. 155-158.

La competencia de la Comisión puede ser obligatoria u opcional. El pensamiento e idea directiva del Convenio consiste, en materia de competencia procesal, en asignar a la Comisión el papel primordial. Baste indicar dos normas esenciales de su competencia:

1. La intervención del Tribunal no puede darse si no ha habido antes decisión alguna de la Comisión. Sólo cabe apelar al Tribunal si la Comisión no ha logrado el "arreglo amistoso" que se propuso (art. 47) (297).
2. El Comité de Ministros intervendrá después de haber recibido el Informe de la Comisión (art. 32) (298).

Es pues, la Comisión la que está facultada en primer término, para admitir las instancias.

La Competencia "ratione personae": las instancias pueden ser presentadas por los Estados, contra otros Estados signatarios; (art. 24) (299) y por "cualquier persona" física u organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de la violación por el Estado de los "derechos reconocidos" por el Convenio (art. 25).

(297) Véase asimismo el art. 28 en Recueil des Textes. pp. 108, 109 y 112.

(298) Ibidem, pág. 109.

(299) El art. 39 (1) dispone la elección en Recueil des Textes, pág. 110.

Los artículos 24 y 25 del Convenio, regulan la acción de las partes en el procedimiento, y determinan, por tanto, la legitimación activa y pasiva ante la Comisión (300). Los Estados pueden presentar "reclamaciones interestatales" y decidirse por la defensa de los derechos de cualquier persona que resida en el territorio de cualquier otro Estado-Parte. Es lo que se llama la defensa del "orden público europeo". La reclamación de carácter interestatal en virtud del art. 24 no presupone un derecho u obligación directa entre los Estados-Partes.

El sistema de protección obligatoria para el supuesto de demandas interestatales se configura como característica fundamental del sistema, en virtud de la función de "garantía colectiva" que confía el Convenio a los Estados, erigiéndoles en guardianes del orden público europeo (301).

(300) Ibidem, pág. 108, Asunto "Chipre contra Turquía" en *Décisions et Rapports*, 13, pp. 85 y Asunto "Irlanda contra Reino Unido" en *Publ. Cour. Eur. D. H.* 1978. *Série A*, n° 25 párf. 239: "These special obligations of a High Contracting Party are obligations towards persons within its jurisdiction, not to other high Contracting Parties". Asunto n° 3077/77 en *Décisions et Rapports*, vol. 13, pp. 85, 147, 148, 220, 221.

(301) Dupuy, J., ob. cit. pág. 461. Nedjati, Z., ob. cit. pp. 6-8. Monconduit, F., ob. cit. pp. 162-67 y Asuntos n° 473/59. *Décisions* de 29 de Agosto 1959, en *Annuaire...* vol. II, pág. 406. Asunto n° 332/57, decisión de 30 de agosto de 1958, en *Annuaire*, vol. II, pág. 335. Asunto n° 753/60, decisión de 5 de Agosto de 1960, en *Annuaire*, vol. III, pág. 319, y Asunto n° 788/60 Informe de la Comisión "Austria contra Italia", A. 84, 548, pág. 36.

1. La legitimación activa y pasiva ante la Comisión: diferentes requisitos según se trate de demandas interestatales o individuales.

Las demandas estatales del artículo 24 varían en comparación con las condiciones previstas en el artículo 25 para las demandas individuales (302).

Señalaremos los siguientes aspectos: la Parte demandada (legitimación pasiva) y las condiciones exigibles o no según se trate de demandas estatales o individuales. En las demandas estatales se prescribe que tanto el Estado demandante como el demandado deben ser Partes Contratantes y ambos han de ser representados por un agente en el procedimiento y si fuere el caso asistidos por consejeros (303).

En las reclamaciones individuales la reglamentación liberal y la práctica de la Comisión hacen que la representación de los demandantes presente en cierta forma una mayor extensión de los titulares del derecho de acción (304).

(302) Recueil des Textes, pág. 305.

(303) Recueil des Textes, pp. 108 y véase el art. 40 (1) del Reglamento de la Comisión que prevee en los supuestos de organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares la representación corresponderá a los representantes legales de estos, si están reconocidos en el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentren. Véase asimismo párrafo 2 del art. 40 y 35 (1) y 37. En Recueil des Textes, pp. 309-310.

(304) Este tema lo hemos analizado al referirnos a la noción amplia de víctima en la interpretación de la Comisión y

En el supuesto del artículo 24, el Estado puede presentar una denuncia de incumplimiento a partir de la entrada en vigor del Convenio, el 3 de Septiembre de 1963; el demandado deberá ser otro Estado contratante.

Las demandas estatales no tienen que cumplir los mismos requisitos que las reclamaciones individuales: no requieren la condición de víctima, ni precisan el interés directo en la acción. Ni la violación en concreto de una disposición del Convenio. Ni el agotamiento previo de los recursos internos presupone una condición de su admisibilidad (305).

El Informe de la Comisión de 25 de Enero de 1976, declaró que:

.../...

el Tribunal, véase Parte Segunda, II, Protección en el ámbito internacional, punto 6 (b) Noción de víctima directa e indirecta y potencial. Robertson A.H., ha afirmado que: "If the direct victim is unable to act a near relative or someone else may act on his behalf", ob. cit. pág. 153. Y Alcalá Zamora Castillo N.: "La protección procesal internacional de los derechos humanos" Madrid 1975, pág. 112.

(305) Asunto n° 99/55 en Annuaire vol. I, pág. 160. Publ. Cour. Eur. D.H. "Affaire De Weer", Série A, n° 35, párrf. 26 y 29, invoca la sentencia en el asunto Airey de 6 de octubre de 1979, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 32, párrf. 19, pág. 11. Véase asimismo Asunto "Klass y otros contra R.F.A." Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 28, párrafo 33.

"Las reclamaciones interestatales presentadas en virtud del art. 24 y las presentadas en virtud del art. 25 se diferencian en que el Estado no puede ser víctima de una ingerencia. Ello explica la diferente redacción entre los dos artículos".

Es suficiente la mera calidad de Parte en el Convenio para iniciar este tipo de acción. Es lo que se conoce como el principio de que "la libertad de cada uno debe ser la responsabilidad de todos". Este interés general es el que justifica a la Comisión para declarar la admisibilidad de las demandas interestatales.

Es cierto que en la práctica el Estado solo ejercita la acción en supuestos de violaciones concretas del Convenio, en las que los Estados censuran el comportamiento del demandado, sus leyes internas y el tratamiento general que confiera el Estado a las personas sometidas a su jurisdicción (306).

El artículo 24 requiere únicamente la posibilidad de que el Estado pueda imputar al demandado "cualquier incumplimiento de las disposiciones del Convenio" (307).

(306) Ibidem. pág. 108.

(307) Examinamos en la Primera Parte el carácter objetivo de las obligaciones asumidas por las Partes. Véase Asunto "Austria contra Italia", n° 788/60. Informe de la Comisión, A. 84.548, pp. 36-37. Lord McNair ha señalado: "but to all-insofar as the Governments parties to the Convention have the power to ensure that respect", en "The rights of the European Citizen" Estrasburgo 1961, pág. 9.

La imputabilidad de la acción interestatal no precisa, tampoco, la prueba de la exactitud de las alegaciones. Es suficiente que "el Estado demandante crea que ha habido un incumplimiento" que sea imputable al Estado demandado. La reclamación formulada en la demanda debe ser enmarcada en los principios del Convenio. Pero la prueba, la confirmación de la exactitud de las alegaciones y la investigación pertenecen al fondo del asunto.

Podemos entender el artículo 24 en el sentido de que comprende no solo el incumplimiento del Estado demandado de su obligación de respetar los derechos fundamentales reconocidos (en el título I, art. 2 a 12), a toda persona dependiente de su jurisdicción, sino también, el incumplimiento de respetar cualquier otro compromiso del Convenio "cualquier inobservancia o infracción" (308).

La inobservación o infracción estatal no tiene que ir acompañada del elemento de la lesión o del perjuicio sufrido. La supuesta obligación de los Estados de ejercer su derecho contra "cualquier infracción"-base del "orden público europeo"-

(308) Giuliva, D.: "La compétence de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de requêtes individuelles et ses limitations ratione temporis dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de recours individuel, en "Les Clauses Facultatives de la Convention Européenne des Droits de l'Homme". Bari 1974, pp. 107 y ss. Se ha dicho que "To accept that a government may avoid "collective enforcement of the Convention under art. 24, by asserting that they do not recognise the government of the purpose of the Convention". Véase Asunto n° 8007/77, "Chipre Contra Turquía, en Décisions et Rapports, 13, pp. 85 y ss.

(309) carece de textos legales que lo califiquen con justeza.

Tampoco podrá ser declarada inadmisibile la demanda interestatal en razón de los requisitos del artículo 27, párrafo 2, manifiestamente mal fundada o abusiva. La cuestión del fundamento de la demanda deberá ser aclarada en la fase relativa al fondo del asunto (310).

El artículo 44 del Reglamento interno de la Comisión estipula que las demandas estatales, sean comunicadas a la otra Parte interesada a fin de que aporten pruebas y conclusiones. A diferencia de este precepto, el artículo 42-5 sobre las demandas individuales no se comunica su recepción a la Alta Parte Contratante salvo en el caso que el grupo de tres miembros por unanimidad decidiesen que la demanda individual parece admisible, en ese caso, se invita a la Parte demandada para que eleve sus observaciones relativas a la admisibilidad que serán comunicadas al recurrente para que presente los escritos de réplica correspondientes.

La legitimación pasiva, en el caso de demandas estatales corresponde siempre también a los Estados. Deberán responder ante la Comisión por la infracción de sus obligaciones.

(309) Müller, Rappard, E., ob. cit. pág. 47 y Vasak, K., ob. cit. pág. 77.

(310) Recueil des Textes, pág. 108.
Eissen M.A., et McNulty, A.B.: "Commission européenne des Droits de l'Homme. Procedure et Jurisprudence" en Revue de la Commission Internationale des Juristes, vol. I, n° 2, pp. 212-238.

Pueden ser denunciados por otros Estados, o por los particulares siempre que el Estado en cuestión haya reconocido el derecho de recurso individual. El Estado acusado es a la vez parte en sentido formal y material, dado que se le demanda como titular de la obligación controvertida.

El Convenio no atribuye, en cambio, plenamente al individuo la cualidad de sujeto pasivo de sus normas. Si la demanda se dirige contra una persona particular se declara inadmisibile (311).

La legitimación activa de los particulares, capacitados para actuar ante la Comisión, es una legitimación activa facultativa, pues se halla condicionada por la declaración expresa de aceptación de los posibles Estados demandados.

Las condiciones expuestas e imprescindibles del ejercicio por el particular de su derecho de acción, que requiere la previa aceptación del Estado del derecho de recurso individual, y el haber agotado los recursos internos, además de tener un

(311) La Comisión especificó en la demanda n° 172/56 dichos motivos: Demandas dirigidas contra Estados no miembros del Consejo de Europa. Demandas dirigidas contra simples particulares. "Considerando que la demanda se dirige en realidad contra un simple particular, se deriva del art. 19 del Convenio Europeo de derechos humanos, que la Comisión tiene por misión el asegurar el respeto de los compromisos derivados del Convenio para las Altas Partes Contratantes. Así como, y en virtud del art. 25." Véase Eustathiades C.T. "Les recours individuels à la Commission Européenne des Droits de l'Homme", Mélanges Spiropoulos, pág. 111.

interés directo en el ejercicio de la acción. Es la condición de víctima. La violación alegada deberá ser imputable al Estado, pudiendo tratarse de una acción positiva o de una omisión, aunque el particular no puede ejercer una "acción popular" (312).

El procedimiento instaurado es, sin duda alguna, el sistema de garantía individual; pese a sus imperfecciones, más efectivo de los hasta ahora ideados por cualquier Organización internacional, salvo la acción individual obligatoria del Pacto de San José de Costa Rica, pues no se trata de una legitimación activa facultativa sino obligatoria. (313).

1. La representación.

Los particulares pueden defender por si mismos las reclamaciones que presenten ante la Comisión, siempre que tengan un interés legítimo en su ejercicio.

(312) McNulty A.B. y Eissen, M.A.: "The European Commission of Human Rights: Procedure and Jurisprudence", *Journal of International Commission of Jurists*, vol. I, n° 2, pp. 198-219. Eissen, M.A.: "Le limitazioni ratione temporis nelle dichiarazioni di accettazione della competenza della Commissione rispetto dei ricorsi individuali" en *Riv. Dir. Int.* 1974, n° 3, pp. 536-547.

(313) Monconduit, F.: "L'abus du droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme". En *A.F.D.I.*, vol. XVII, 1971, pp. 437 y ss.

Pueden "ser asistidos o representados por un abogado, un procurador o un profesor de derecho, así como por cualquier otro jurista aceptado por la Comisión". En cuanto a la representación, la Comisión admite como representante a toda persona, jurista o no jurista que haya sido previamente habilitada en su nombre y por su cuenta, siempre y cuando la víctima le facilite dicho poder (314).

La representación del particular y la asistencia técnica del recurrente se estipula en los artículos 36 del Reglamento interno de la Comisión. La Comisión es partidaria de conferir asistencia judicial siempre que el recurrente lo precise. Se le concede gratuitamente. El Convenio no regulaba la materia y en esta línea de pensamiento se justifica el addendum a su Reglamento interno que estipula, dicha posibilidad, en sus artículos 1 a 7 (315).

Actualmente, se ha acentuado en grado notable la cooperación europea en materia penal para facilitar la asistencia judicial.

(314) Sperduti, G.: "Sulla presentazione dei ricorsi individuali davanti alla commissione europea dei Diritti dell'uomo" en Rivista di Diritto Internazionale n° 3, 1974, pp. 531 y ss.
En las acciones estatales vimos que se prescribe que estén representados por sus agentes, que pueden estar asistidos por consejeros o abogados. Véase Recueil des Textes, pág. 309 y ss.

(315) A los recurrentes individuales que carezcan de medios se les confiere asistencia legal gratuita. Véase Addendum al Reglamento interno Ibidem, pp. 315 y ss.

2. La formulación de la demanda.

Las demandas suelen, en la forma, ser escritas y firmadas por el demandante o por su representante. Se dirigen al Secretario General del Consejo de Europa quien registra la demanda. Ha de indicar el objeto, la disposición cuya infracción se aduzca y una exposición y de los hechos. Aporta, si fuese posible los documentos probatorios. Lo realmente imprescindible es que el recurrente indique claramente la cuestión y fundamento jurídico que motiva su actuación ante la Comisión en virtud del art. 25. La forma precisa en que formule sus pretensiones carece de relevancia.

El procedimiento ante la Comisión se caracteriza por una gran flexibilidad y por la ausencia casi total de formalismo. En este aspecto actúa como una instancia internacional pues no está vinculada por formalismos tan estrictos como lo están las jurisdicciones nacionales (316).

-
- (316) Véase Asunto n° 1468/62. Decisión de admisibilidad en *Annuaire VI*, pág. 279. Asunto n° 32157 decisión sobre admisibilidad en *Annuaire II*, pág. 309. Hecho que se manifiesta en la comunicación informal al Secretario General que será complementada con el envío por su parte de un modelo oficial, aprobado por la Comisión en su tercera sesión. Véase Asunto n° 244/57 decisión sobre la "admisibilidad" en *Annuaire*, I, pág. 196.
- Rolin, H.: "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission Européenne des Droits de l'homme", en *Revue hellénique de droit international* 1956, pp. 3-15 y Dupuy, J., ob. cit. pág. 449. Modinos, P., ob. cit. pág. 155. Extendiéndose el derecho de recurso individual a aquellas personas que actúan en beneficio de aquellos que se hallan imposibilitados para recurrir a la Comisión. Cassese, A., ob. cit., pág. 550-551. Véase "Conclusions de la 1^{ère} session plénière de la Commission européenne des droits de l'homme", D.H. (54) 3, pág. 10 y de la 24^{ème} session plénière, D.H. (60), 10, pág. 20.

Procesalmente, lo primero que tiene que examinar la Comisión es el carácter de admisible o no de la instancia presentada. El examen se efectúa mediante un procedimiento expeditivo. Su decisión es definitiva. Es importante la capacidad decisoria de la Comisión, por depender de ella la posible intervención del Comité de Ministros y del propio Tribunal (art. 47). Por eso se ha hablado, desacertadamente de las funciones "cuasi-judiciales" de la Comisión (317).

Hemos indicado los matices de las condiciones que se requieren para la formulación de las instancias, según provengan de una persona o de un Estado. Los supuestos de inadmisibilidad establecidos en el artículo 27 son: Si es anónima, si es igual a otra ya examinada, si es incompatible con el Convenio. Cuando es esencialmente igual a otra examinada ya por la Comisión, o por otra instancia internacional si no contiene hechos nuevos (art. 27). Cuando la Comisión estima que es incompatible con las disposiciones del Convenio, que está mal fundada o que es abusiva (art. 27). Una vez admitida la instancia puede aun ser rechazada por la Comisión, si ésta comprueba la existencia de alguno de los motivos de no-admisión, antes señalados (art. 29), posteriormente a la declaración inicial de admisibilidad es decir durante el examen de fondo del asunto.

(317) Weil, G.L.: "Decisions on Inadmissible applications by the European Commission of Human Rights" A.J.I.L. vol. 54, Jan. 1960, n° 1, pp. 874-924, en concreto p. 877-880 y Recueil des Textes, pp. 109-112.

Esta posibilidad de declarar inadmisibile la demanda se recorta por la exigencia de un quorum estricto. Otras condiciones de admisibilidad para las instancias de particulares del art. 27, pfo. 1-2 es la relación con el 25.

En consecuencia, cuando se da la identidad de la acción y del objeto, pero no de las partes, la Comisión analizará si esa coincidencia de identidades convierte a la instancia en substancialmente la misma que la ya examinada. Es digno, a su vez, de recordarse la hipótesis de la incompatibilidad con las disposiciones del Convenio y el caso del abuso del derecho de reclamación.

Más peculiar es la causa "mal-fundada" de modo manifiesto.

En la práctica la Comisión recibe múltiples demandas individuales que tienen por objeto materias no incluidas en el Convenio. En estos casos la Comisión rechaza de plano las demandas e informa únicamente al demandante (318).

(318) Ibidem. pág. 108. Eustathiadès, C.T., ob. cit. pág. 111. Asunto de "Chipre contra Turquía", n° 299/57, decisión de 12 de Octubre de 1957, en *Annuaire*, vol. II, pág. 187. Asunto "De Becker contra Bélgica" en *Publ. Cour. Eur. D.H. Série B.* pág. 62. En el caso de las demandas individuales la misión de la Comisión se circunscribe a la tarea que le confía el art. 19. De forma que está obligada a declarar su incompetencia cuando los recurrentes aleguen actuaciones internas que no impliquen una conculcación de uno de los derechos o libertades incluidos en el Convenio, así lo hizo en los asuntos "Huber contra Austria" "Wemhoff contra República Federal de Alemania", Asunto relativo a ciertos aspectos del "Régimen Lingüístico Belga", "Iversen contra Noruega".

Junto con la causa señalada la falta de la observancia del previo agotamiento de los recursos internos al que dedicamos un capítulo aparte son las causas que motivan mayor número de declaraciones de inadmisibilidad. Sin embargo los efectos son respecto del particular distintos. En el primer supuesto no cabe acción posterior alguna. En cambio en el segundo, subsanado el previo agotamiento y si persiste el perjuicio el particular podrá interponer de nuevo una acción ante la Comisión.

3. El plazo para su presentación.

En primer lugar será preciso que se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 26 del Convenio: prueba de haber sido agotados previamente los recursos internos (en el supuesto de las demandas individuales) (319).

.../...

"No es competente para examinar una reclamación en la que se aleguen errores de derecho o de hecho que hayan cometido los tribunales nacionales salvo en el supuesto que considere que dichos errores pueden implicar una violación de los derechos y libertades establecidos en el Convenio". La Comisión tampoco puede examinar aquellas reclamaciones que pretendan una interpretación desvirtuada de la ley interna y de la jurisprudencia de los tribunales internos, o un control abstracto.

(319) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire De Becker, Série B, pp. 53, 57-58.

El Tribunal comprobó que el recurrente carecía de un recurso eficaz en el orden interno, de modo que la regla de los seis meses no debía aplicarse. Véase asimismo Asunto "Nielsen contra Dinamarca" n° 343/57, Informe de la Comisión pág. 37. Véase Marín López A.: "El recurso

.../...

Según el Reglamento la demanda indicará la Alta Parte. Contratante demandada; el objeto de la demanda; la disposición del Convenio cuya violación se alegue, la exposición de los hechos y medios; las piezas anexas. El artículo 42 amplía un requisito que reviste carácter facultativo: Deberá indicarse la indemnización requerida.

Plazo: Cumplimiento del plazo estipulado en el artículo 26. Deberá interponerse "dentro de los 6 meses siguientes a la decisión interna definitiva", que examinaremos junto con la carga de la prueba (320). Admitida la instancia, la Comisión se pone a disposición de los interesados para ver si es posible una "conciliación" en el litigio que se inspire en el "respeto de los derechos del hombre" (art. 28) (321).

A tal fin, la Comisión puede practicar encuestas por medio de una sub-comisión. Los Estados están obligados a dar

.../...

individual ante un órgano internacional. El caso Nielsen". En R.E.D.I., vol. XVIII, n° 1, Enero, Marzo 1965, pp. 3-19.

- (320) Asunto n° 918/60, decisión de 18 de Septiembre de 1961, En Recueil des Décisions n° 7, pág. 110. Asunto n° 654/59, decisión de 3 de Junio de 1960 en Annuaire, vol. IV, pág. 285. Asunto n° 846/60 decisión de 18 de Septiembre 1961, en Recueil cit. n° 6, pp. 64-65.
- (321) Recueil des Textes, pág. 108. Asunto "Austria contra Italia", n° 788/60. Informe de la Comisión. A. 84.548, pp. 20 y 275.

las "facilidades necesarias" (322).

Naturalmente, el Convenio prevee el supuesto de que la Comisión no logre el "arreglo amistoso" (art. 28 y art. 31). En este caso, la Comisión no tiene facultades decisorias absolutas, aunque debe proceder al establecimiento de los hechos de aquellas demandas declaradas admisibles, después de examinar contradictoriamente la demanda. Cuando no se "lograra una solución", deberá redactarse un Informe que ha de ser sometido al Comité de Ministros (art. 31). En este supuesto, la Comisión puede formular las propuestas que juzgue oportunas (323).

(322) El interés de proteger los compromisos asumidos por las partes obliga a la Comisión a proseguir examinando una determinada reclamación cuando pueda observar que un determinado asunto presenta problemas en relación con la aplicación del Convenio. Y este interés general de velar por el cumplimiento de las obligaciones del Convenio es lo que justifica que a pesar de que el recurrente pueda llegar a renunciar a proseguir el procedimiento iniciado ante la Comisión, ésta decide proseguir su examen.

"... en el supuesto de que la renuncia a la reclamación se presente después de la admisibilidad, la Comisión decide que el asunto en litigio presentaba cuestiones a la luz del Convenio que podían ir más lejos de los intereses de la reclamación, en base a lo que decidió retener la reclamación a pesar de la declaración de renuncia formulada por el recurrente". "Affaires Lawless" Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, pág. 184, no se pudo lograr la conciliación.

Véase Asunto 2004/63 en *Annuaire*, vol. IX, pág. 304.

(323) Asunto n° 5523/72 en *Annuaire*, vol. XVII, pág. 314.
 Asunto n° 4428/70 en *Annuaire*, vol. XV, pág. 264.
 Asunto n° 2122/64 en *Annuaire*, vol. III, pág. 288.
 Asunto n° 1468/62 en *Annuaire*, vol. VI, pág. 278 y
 Asunto n° 458/59 en *Annuaire*, vol. III, pp. 222 y 236.

2. El Tribunal europeo de Derechos Humanos.

a) Composición y la responsabilidad relativa a la protección individual y la reparación.

El Tribunal europeo de derechos humanos comparte con la Comisión la responsabilidad de la eficacia de la garantía colectiva y de la protección individual. Esta responsabilidad se basa y se justifica en su "poder jurisdiccional".

El artículo 56 del Convenio subordinaba su constitución al reconocimiento como jurisdicción obligatoria, por ocho Altas Partes Contratantes. Y a pesar de que el Convenio entró en vigor el 3 de Septiembre de 1953, la constitución del Tribunal no fue posible hasta cinco años más tarde: el 3 de Septiembre de 1958 (324).

.../..

Véase Sørensen M.: "La recevabilité de l'instance devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Notes sur les Rapports entre la Commission et la Cour" en René Cassin *Amicorum Discipulorumque*, liber I, París, 1969, pp. 334-346.

- (324) El art. 56 (1) dispone: "La primera elección de los miembros del Tribunal tendrá lugar después de que se reúnan ocho declaraciones de las Altas Partes Contratantes a que se refiere el art. 46. *Recueil des Textes*, pp. 113 y 108. La primera elección de sus miembros se efectuó el 21 de Enero de 1959 y la primera sesión tuvo lugar el 23 de Febrero de 1959. En cuanto al reconocimiento por los Estados de su competencia, Robertson, A.H., ob. cit. pág. 204.

El Tribunal se halla integrado por igual número de jueces al de Estados miembros del Consejo de Europa (arts. 38 y 43). (325). Es el rasgo de su origen convencional y no ignora la institución de los jueces nacionales y "ad hoc" (326).

La elección de los jueces corresponde a la Asamblea Consultiva por mayoría absoluta de votos, sobre una lista de nombres constituida por nombramientos realizados por el Comité de Ministros (327).

La equivalencia entre el número de jueces y el número de Estados, fue solicitada por los Estados pequeños, que temían que los grandes monopolizasen los puestos de Jueces. La Asamblea Consultiva había propuesto que se compusiera de nueve jueces (328).

(325) Recueil des Textes, pp. 404 y ss.

(326) Art. 5 del Reglamento. Ibidem, pág. 404.

(327) Art. 40 del Convenio. El período de mandato de nueve años salvo primera elección, en la cual 4 jueces expiraron su mandato a los tres años y otros 4 jueces transcurridos seis años desde su elección. En Recueil des Textes, pág. 110.

(328) Rec. Trav. Prep. vol. 1, pp. 227 y ss. El art. 38 estipula que solo puede haber un juez nacional. Existe una diferencia evidente entre la composición del Tribunal y de la Comisión. El primero consta de igual número de miembros que los del Consejo de Europa en cambio la Comisión está integrada por igual número de Partes Contratantes.

El juez es elegido a título de un Estado, pero aunque éste no haya ratificado el Convenio, el juez podrá ocupar su lugar en el Tribunal. (Ej: España, elige como primer juez al Catedrático E. García de Enterría, sin haber ratificado todavía el Convenio) (329).

La elección de los jueces del Tribunal por un órgano parlamentario tiende a asegurar la independencia de los Jueces respecto de sus Gobiernos. Son elegidos por un período de nueve años (330).

Al término de su mandato, los jueces continúan aun en funciones si tienen que acabar de conocer asuntos pendientes. Se asemeja al artículo 2 del Estatuto del T.I.J.

Los candidatos para el puesto de Juez europeo deberán gozar de la más alta consideración moral y reunir "las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia" (art. 39, pfº 3). Hay que subrayar lo que respecta a la diferencia de la condición exigida para los miembros de la Comisión de la exigida para los jueces.

(329) Este órgano se encuentra entre los más numerosos en cuanto al número de jueces. En la actualidad 21, art. 38 del Convenio. En *Recueil des Textes* pág. 110, Robertson, A.H., ob. cit. pág. 197.

(330) Las renovaciones parciales previstas art. 40 (1). En *Recueil des Textes*, pág. 110. Los jueces pueden ser reelegidos. En cuanto al mandato del Presidente y Vicepresidente, véase art. 7 (1-3). Ibidem, pág. 405.

Ya que se requiere, que concurra en el candidato, propuesto en la lista para ser elegido miembro del Tribunal, la condición de "juez de oficio", igualmente el desempeño de esa función judicial podrá ser llevado a cabo por un jurista de "notoria competencia" (331).

La primera elección se efectuó el 21 de Enero de 1959 celebrando su primera sesión el 23 de Febrero del mismo año. El artículo 41 del Convenio europeo de derechos humanos, faculta al Tribunal para elegir a su Presidente y Vicepresidente, por un período de tres años reelegibles (332).

- (331) Recueil des Textes, pág. 110. En cuanto al T.I.J. El Estatuto prevee: "Art. 2: "La Corte será un cuerpo de magistrados independientes elegidos sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean juriconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional".

Véase Carrillo Salcedo, J.A., Ob. cit. pág. 92.

- (332) Mosler, H.: "La procédure de la Cour Internationale de Justice et de la Cour Européenne des Droits de l'homme observations à l'occasion de la nouvelle procédure interne de la Cour Internationale de Justice" en René Cassin Amicorum Discipulorumque, Liber I, 1969, pp. 196-212. Eissen: M.A.: "La Cour des Droits de l'Homme", en A.F.D.I., 1959, pp. 618 y ss, en concreto pág. 635. y véase Recueil des Textes, pág. 111. En cuanto a la recusación de los jueces, arts. 21 (2), 23 (1), 24 (2 y 3) del Reglamento y el art. 21 (5) respecto de la recusación del Presidente de la Cámara, en Ibidem, pp. 407-408. Robertson, A.H., ob. cit. pp. 203 y ss.

Los jueces deben actuar a título puramente individual y gozarán, en el ejercicio de sus elevadas funciones, de la independencia completa que postula el Convenio (333).

b) Competencia del Tribunal y procedimiento.

La plenitud del ejercicio de la competencia del Tribunal se opera el 3 de Septiembre de 1958, cuando catorce Estados habían aceptado la clausula facultativa del artículo 46. La competencia del tribunal se halla condicionada a la previa aceptación general de su jurisdicción por los Estados o bien a la aceptación de su jurisdicción "ad hoc" que le capacita para conocer un determinado asunto (art. 46 y 48) (334). Y se extiende "a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio", que le sometan las Altas Partes Contratantes o la Comisión, a fin de contribuir al más exacto cumplimiento de las obligaciones dimanantes del respeto debido de los derechos humanos (art. 45) (335).

(333) El art. 3 (1) del Reglamento prevee esta condición en la fórmula de prestar juramento. En cuanto a los obstáculos para el ejercicio de la función de juez. Véase Recueil des Textes, art. 4, pág. 404.

(334) Ibidem, pp. 111-112. García de Enterría E., Ob. cit. pp. 123-124. Vasak, K.: "Commission et Cour européenne des Droits de l'Homme" en: "Jurisclasseur de Droit International, Paris, 1961, Fascículo 155.

(335) Eissen M.A., deduce de los arts. 50 (1) y 54 (1) del Reglamento interno del Tribunal, Eissen, M.A., En Ob. cit. pp. 145-146. En este sentido véase Voto particular del juez Bilge, en Publ. Cour. Eur. D. H. Série A, n° 12 pp. 29-49. El

a') Competencia "Ratione Personae": Las Partes ante el Tribunal.

La competencia "Ratione Personae" y las Partes ante el Tribunal: Son parte ante el Tribunal, los Estados. El artículo 48 habla de las Altas Partes Contratantes "interesadas".

- 1) Cuando la víctima sea un nacional suyo.
- 2) La Parte que haya sometido el caso a la Comisión.
- 3) La Parte que haya sido demandada.

Y la Comisión, actuando en protección de la persona humana, porque los particulares, las personas físicas o jurídicas, las organizaciones no gubernamentales no tienen acceso directo al Tribunal (336). Son, pues, los Estados y la Comisión los únicos que tienen derecho a recurrir ante el Tribunal y comparecer jurídicamente ante el mismo.

.../...

art. 50 (1) trata de las circunstancias de hecho y el art. 54 (1) prevee la posibilidad de aparición de nuevos hechos posteriores a la sentencia y que permiten que se revise el asunto. Y Recueil des Textes, pp. 415-417. Del conjunto de las reglas que estipulan las facultades del Tribunal no puede interpretarse las disposiciones del Convenio de forma abstracta, sino solo en función del caso que le sea elevado. García de Enterría, E., Ob. cit. pp. 197, y pág. 204. Castberg, F., Ob. cit. pp. 67-74. Sentencia de 4 de Noviembre de 1960. "Affaire Lawless", en Droit, En Annuaire, vol. III, pág. 493 o Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, pág. 11.

(336) El art. 48, b, c y d, del Convenio, en Recueil des Textes, pág. 112.

En interés de una buena administración de Justicia, el Tribunal puede, tomar en consideración el punto de vista del demandante individual (337).

b') El particular y la carencia de "Locus Standi" ante el Tribunal.

Es obvio que la protección de los derechos del particular resultaría más reforzada si se le concediese el derecho de acción ante la jurisdicción internacional. Pero el Convenio no permite el acceso directo del recurrente individual. El rigor del principio ha sido atenuado en la práctica gracias a dos factores; porque la Comisión se encarga, en su labor de intermedia, de elevar al Tribunal los razonamientos del recurrente individual, persona física o jurídica. Porque el Tribunal ha llegado a admitir que el abogado del recurrente participe igualmente en el procedimiento judicial.

La Comisión ha procurado mejorar la situación del individuo respecto al Tribunal. En el asunto Lawless (338) razonó que los autores del Convenio no pretendieron disociar radicalmente al particular del proceso que se desarrolla ante el Tri-

(337) Es de observar que iniciado el procedimiento puede darse el desistimiento. Este, aun en función de las personas particulares tiene que ser formulado por los Estados, porque el Convenio no prevee para las personas físicas o sociales, la apelación directa ante el Tribunal. Véase Publ. Cour. Eur. D.H. "De Wilde Ooms y Versyp", (Asunto de Vagabundeo). Sentencia de 18 de Noviembre de 1970, Séries A, pág. 6.

(338) En Annuaire, vol. III, pp. 492-493 y Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, pág. 11 y sentencia de 1 de Julio de 1961.

bunal, si bien no le facultaron para elevar directamente el litigio ante él.

La sentencia del Tribunal, de 4 de Noviembre de 1960, refleja el propósito de tener en cuenta la posición del recurrente en el litigio. Debe atender, ante todo y en primer término, al Informe de la Comisión, que establece los hechos y transcribe las alegaciones y pretensiones del particular, incluso aunque no sean éstas asumidas por la Comisión (339). En aras de la misión protectora del interés general, la Comisión tiene derecho a hacer constar ante el Tribunal los puntos de vista y razonamientos del individuo, si bien, el Tribunal es libre de tomar o no en consideración las alegaciones del recurrente.

El artículo 38 del Reglamento faculta al Tribunal para oír al recurrente y puede invitar de oficio a la Comisión para que le presente las observaciones del recurrente sobre el Informe de la misma o sobre cualquier otra cuestión suscitada durante los debates (340).

Esto puede acordarlo el Tribunal a título de medida de investigación. Es tema controvertido el de la extensión de la competencia del Tribunal.

(339) Véase *Annuaire* IV, pp. 442-443.

(340) Sørensen, M.: "La recevabilité de l'instance devant la Cour Européenne des Droits de l'homme" en René Cassin, *Amicorum Discipulorumque Liber I*, pp. 333-335 y 341. *Recueil des Textes*, pág. 309.

c') Competencia "Ratione materiae".

Se ha dicho que el texto del Convenio atribuye al Tribunal un poder de interpretación limitado en los que respecta a la interpretación del Convenio.

El texto polémico, es el artículo 45 que dice: La Competencia del Tribunal se extiende a "todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación" del Convenio (341).

Con sentido restrictivo puede decirse que el referido texto sólo permite al Tribunal interpretar el Convenio cuando ha sido llamado a conocer de un asunto por la Comisión o por una Parte Contratante (en las condiciones del art. 48) -en el

(341) El Tribunal puede examinar tanto las cuestiones de hecho o de derecho que se susciten a lo largo del procedimiento para contribuir a que los Estados cumplan del modo más perfecto posible sus obligaciones. Por ello en el supuesto de que las partes lleguen a un acuerdo el Tribunal puede proseguir su examen.
Véase Nedjati, Z., Ob. cit. pág. 48.
El Tribunal tiene competencia para ejercer una función consultiva. El Protocolo 2 en su art. 3 configura la emisión de dictámenes por el Tribunal, que se reúne en sesión plenaria, y que emite la opinión motivada y si no existe una opinión unánime figurarán las opiniones individuales. Véase al respecto Robertson, A.H.: "Advisory opinions of the Court of Human Rights" en René Cassin *Amicorum Discipulorumque*, Liber I, 1969, pp. 225-240 y "Human Rights in Europe", *International Review* n° 4, 1975, pp. 41 y ss. Y su comunicación: "Avis consultatif de la Cour", en "La protection internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen", París 1960, pp. 361-376.

caso de alegarse una violación determinada-. Es más, se ha llegado a pensar que el Tribunal debía limitarse a estatuir o establecer el Derecho (342).

Esta versión restrictiva no se conviene con la dinámica de la vida jurídica. Supongamos que los razonamientos de la Comisión sean erróneos, imprecisos o insuficientes debido a los medios limitados que tuvo a su alcance, o que se hubieran conocido después nuevos acontecimientos o hechos dignos de interés o se hubieran facilitado posteriormente otros elementos de juicio o de prueba. En realidad, serían múltiples los supuestos en que el Tribunal no debiera de limitarse con sentido estricto, a establecer el Derecho, sino más bien ampliar y completar la instrucción del asunto.

El Tribunal podrá, además, examinar todas las cuestiones de hecho o de derecho que se susciten a lo largo del procedimiento, con el fin de contribuir al cumplimiento más perfecto posible de las obligaciones que se deriven para las Partes (343).

El Tribunal puede entender no solo de las cuestiones de derecho, sino de hecho que suscite el asunto (arts. 50 y 54 del Reglamento) (344). Y no hay que olvidar que el Tribunal está capacitado para decidir aun cuando mediase el acuerdo en-

(342) Recueil des Textes, pág. 112.

(343) Eissen, M.A., Ob. cit. pp. 145-146.

(344) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, pp. 29-49 y Recueil des Textes, pp. 415-417.

tre las Partes, de no proseguir el litigio. Esta visión amplia de su competencia es la compartida por el Tribunal. En el voto particular del juez Bilge en la sentencia de 18 de Junio de 1971, se razonaba que el Tribunal gozaba de plenitud de jurisdicción para conocer todas las cuestiones que se planteasen en el examen del asunto fueran de hecho o de derecho.

Por otra parte, es bueno recordar que las reglas concernientes a las facultades del Tribunal, no le impulsan a interpretar de forma abstracta las disposiciones del Convenio, sino sólo en función del caso concreto en litigio (345).

La facultad de conceder una reparación del Tribunal, viene limitada por el párrafo 3º del artículo 50 del Reglamento Interno del Tribunal que faculta a este órgano para conceder la reparación en la misma sentencia del fondo del asunto o bien posponiendo la aplicación de este derecho a una posterior decisión, si este aspecto no se encuentra visto para sentencia. En la práctica sigue este sistema.

La extensión es limitada: no implica la anulación del acto ilícito, sino que comporta una simple "satisfacción equitativa" y, además, en el único caso en que el Derecho interno no borra completamente las consecuencias de la violación. Felizmente, el Tribunal aparece como una verdadera jurisdicción.

d') Procedimiento ante el Tribunal.

El procedimiento ante el Tribunal europeo se asemeja en

(345) Sentencia de 14 Noviembre de 1960, Asunto "Lawless", en droit, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, pág. 11.

determinados puntos al del T.I.J. Las diferencias más importantes se deben a las funciones particulares que ejerce el Tribunal en los términos del Convenio y sobre todo al papel especial de la Comisión (346).

En principio, el Tribunal ejerce su función jurisdiccional mediante una Cámara de siete jueces. El Reglamento prevee casos en que la Cámara podrá o incluso estará obligada a desentenderse en favor del Pleno del Tribunal. Las decisiones de la Cámara son consideradas como las resoluciones del Tribunal.

La primera fase del procedimiento es escrito. Y una vez que han concurrido ante el Tribunal los "representantes" de las Partes y los Delegados de la Comisión, se establece el orden y plazos de depósito de la memoria, contramemoria, y otros documentos (347).

El punto de partida y base del procedimiento lo constituye el Informe de la Comisión (348). El procedimiento se des-

(346) Castberg, F., *Ob. cit.* pp. 67-74.
Robertson, A.H., *ob. cit.* pág. 203.

(347) En cuanto al procedimiento escrito véase, art. 14 (1) y (2) y art. 22 (3), art. 27 (2), 35, 46, 47 bis 1, 49, 50 (1 f), 53 (3), art. 54 (3), art. 57 (2), 56 y 59. En cuanto a las memorias y otros documentos véase arts. 14 (2), 35 (1 y 3), 38 (3 y 4), 52, 53, (3), 54 (3), 58 y 59. *Recueil des Textes*, pp. 406, 408-409, 414-418.

(348) Art. 1 k, 29 (2 y 3), 31 (1b, c y 2), 32 (2) y 52 (1). *Ibidem*, pp. 410-411 y 416.

glosa en dos fases. Ultimada la fase escrita, se abre el procedimiento oral, es decir mediante sesiones públicas. Se dice que la publicidad de los debates orales incrementa la autoridad moral y política de la decisión (349).

Conforme al sistema procesal del Tribunal es posible que la Cámara devuelva el ejercicio de su competencia al Pleno de aquel. E, incluso, el Tribunal en pleno puede retener un asunto de competencia discutible para la Cámara o reenviarlo a la Comisión. Parece deducirse de tales casos que, opera mucho la preocupación de mantener un mínimo de homogeneidad en la jurisprudencia.

El Tribunal adopta sentencias, pero no puede dar órdenes precisas y directas a los Estados sobre las medidas que deban practicarse en la reposición, rectificación o restablecimiento de la situación objeto del acto ilícito (350). Salvo los supuestos de aplicación del artículo 50, cuando el Tribunal decide conceder una reparación a la víctima. Pero aun en estos supuestos es al Estado demandado al que le corresponde, como veremos, poner en práctica la reparación.

Lo que si está claro en el Convenio es la facultad del Tribunal de ordenar "una satisfacción equitativa" a la parte

(349) En cuanto al procedimiento oral véanse art. 2 (3), 14 (3), 18, 27 (2, 3 y 4), 30 (2), 36, 37, 38 (1), 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 (2), 47 bis, 1, 49, 50 (1f), 59, en Recueil des Textes, pp. 407, 409-410, 412, 416 y 418.

(350) Arts. 4, 18, 19 (2), 24 (3), 35 (2), 39 (1), 42 (2) y 60, en Ibidem, pp. 404, 407, 409, 412-413 y 418.

lesionada: artículo 50. Y lo que parece original es que el artículo 50 no habla del Estado como "parte lesionada", lo cual nos da a entender que se trata de compensar, reparar o dar satisfacción directamente a la persona víctima de la violación del Convenio (351). La decisión del Tribunal es definitiva.

e') La Sentencia del Tribunal.

La sentencia del Tribunal debe ser motivada y si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquier juez tendrá derecho a unir a ella su voto particular. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte. La sentencia del Tribunal será trasladada al Comité de Ministros que vigilará su ejecución.

Sobre las normas de procedimiento y de carácter reglamentario en materia de la competencia del Tribunal es preciso tener en cuenta el art. 55 (352).

(351) Rec. Trav. Prep. vol. V, pp. 138-141. Véase sobre la competencia del Tribunal para conceder la reparación y sobre el carácter ejecutivo de la sentencia de reparación, véase Robertson, A.H., ob. cit. pp. 211-212 y pp. 261-262 respectivamente. La primera sentencia en que se trata la cuestión de la reparación fue en ciertos aspectos del Régimen Lingüístico Belga, aunque no se llegó a aplicar. La primera que se decidió al efecto fue en la sentencia relativa al art. 50 de 10 de Marzo de 1972 en el Asunto "De Wilde, Ooms y Versyp" contra Bélgica. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 14, arrêt du 10 mars, 1972.

(352) El Tribunal aprobó su Reglamento en su tercera sesión

El procedimiento ante el Tribunal descansa en el principio de que un asunto es presentado por el representante de la Comisión que puede escoger los argumentos a su agrado (353).

La actuación del Tribunal no ha sido demasiado amplia. Hasta fines de 1974 solo había intervenido en quince casos contenciosos. El Comité de Ministros en idéntico lapso de tiempo, había resuelto dieciocho casos contenciosos. Existe cierto riesgo en perjuicio del Tribunal y, por tanto, del sistema de protección general del Convenio si su actuación no obtuviese un mayor grado de desarrollo en el futuro.

El Tribunal europeo de los derechos del Hombre, como se ha señalado es algo más que un simple Tribunal de arbitraje, dependiente de la voluntad de los Estados, sino que sus decisiones son ejecutivas en los asuntos concretos y además sus efectos van más lejos del asunto individual.

.../...

plenaria el 18 de Septiembre de 1959.
Respecto del Primitivo Reglamento, véase *Annuaire*,
vol. II, 1958-1959, pp. 3-63.

- (353) Sobre el carácter de su decisión, véase *Rec. Trav. Prep.* vol. 5, pp. 138-141.
Eissen M.A., propone la elaboración de un Protocolo Adicional en el que se confiriese "locus standi" al individuo ante el Tribunal. *Ob. cit.* pp. 145-146.
Schmidt, F., el profesor de la Universidad de Estocolmo al comentar la libertad sindical trata la participación del recurrente, en *Forum, Conseil de l'Europe. Droits de l'Homme*. 1-2/78, pág. 24.

Este "alcance general" no se deriva de su primacía por que no se trata de un Tribunal de casación, sino de la posibilidad de influenciar mediante su jurisprudencia, la actuación de las instancias y jurisdicciones internas que deberán aplicar sus directrices a los asuntos de igual naturaleza (354).

El Tribunal constituye una auténtica jurisdicción internacional.

3. El Comité de Ministros.

a. Composición y aspectos jurídico-políticos de su funcionamiento.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa fue establecido por el artículo 14 del Estatuto del Consejo de Europa (355). Es el órgano de decisión de la organización. Actúa en nombre del Consejo y su actividad se desarrolla en ámbitos diversos (art. 13) (356).

(354) Así se expresó el juez del Tribunal Internacional de Justicia H. Mosler en el Coloquio sobre Derechos del Hombre celebrado en Franckfurt, del 9 al 12 de Abril de 1980.

(355) Hecho en Londres el 5 de Mayo de 1949, España se adhirió al Estatuto, en 1978. B.O.E. 25 Septiembre 1978.

(356) Del Estatuto del Consejo de Europa. B.O.E. Septiembre 1978. Es el órgano competente y que actúa en nombre del Consejo.

Nos interesa, en materia de derechos humanos, porque orienta la acción del Consejo, con el fin de realizar los objetivos de la organización. Y, precisamente uno de los objetivos primordiales es "la promoción y protección de los derechos del hombre" (art. 1º) (357).

El Comité de Ministros desempeña, además, una función muy relevante en el ámbito del Convenio.

Sus facultades, según los artículos 32 y 33, son decisivas. Es el órgano político decisorio. Su participación en el sistema de garantía es consecuencia, también de la necesidad de la "solución de compromiso", cuando no se acepte la jurisdicción obligatoria del Tribunal (358).

No es un órgano exclusivo del Convenio como la Comisión y el Tribunal (art. 19). El Comité actúa en realidad, en función y es, prácticamente, el órgano esencial o principal del

(357) La finalidad consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros. El art. 1 del Estatuto dispone en su apartado b):
"Esta finalidad se perseguirá a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales"
B.O.E. 25 de Septiembre de 1978.

(358) Recueil des Textes, pp. 109-110.

Consejo de Europa. Por eso, su organización y competencia son regulados, fundamentalmente, por el Estatuto y no por el Convenio.

El singular carácter del Comité se debe a su actuación como órgano político del Consejo de Europa: Ejecutivo y como órgano de control de la aplicación del Convenio (359).

El Comité se halla integrado por un representante de cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa.

En la actualidad cuenta con 21 miembros; como representantes de los Estados actúan los Ministros de Asuntos Exteriores, aunque en la práctica los Delegados son los que aprueban gran número de decisiones.

Su composición y carácter político podían obstaculizar la aprobación de decisiones cuando tuviera que declarar la existencia de una infracción estatal del Convenio. Se trató de evitar este riesgo mediante la mera exigencia, para sus decisiones, de una "mayoría de dos tercios" (art. 32). Contrariamente, a la "unanimidad" necesaria cuando aprueba cuestiones importantes en su función de órgano ejecutivo del Consejo de Europa (360).

Sin embargo, su función como órgano decisorio se halla sometida a limitaciones.

(359) Ibidem, pp. 106-107 y arts. 15 y 16 del Estatuto. B.O.E. 25 de Septiembre 1978. Robertson, A.H., Ob. cit. pp. 237 y ss, y García de Enterría, E., Ob. cit. pp. 135-140.

(360) Recueil des Textes, pág. 109.

Los Gobiernos representados participan en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 32, con absoluta independencia de que hayan o no ratificado el Convenio (361). En ocasiones pueden ser "jueces y parte en el litigio" (362).

Esta intervención decisoria del Comité de Ministros se presta a discusión. Inicialmente, no se pensaba otorgar tales poderes al Comité. Se llegó al artículo 32 por vía de compromiso entre los Estados (363).

(361) El Comité de Ministros estableció unas "Reglas para la aplicación del art. 32 del Convenio europeo". El primer texto se aprobó en su 68 sesión en Enero de 1959, modificándose en su 94 sesión de Enero de 1961, en su 99 sesión de Mayo de 1960, en su 140 sesión de Abril de 1965 y en su 164 sesión de Octubre de 1967. En cuanto a la posición de los Estados, se refiere a los que no han ratificado el Convenio, la Regla n° 2, que legitima la actuación del representante. Véase *Recueil des Textes*, pp. 501-505.

(362) Las Reglas 7 y 8 se refieren a las partes en el litigio, cesión de la Presidencia en el supuesto de que el Presidente fuese representante de una parte en el litigio. La regla n° 8, que se aplica tanto a las demandas individuales como a las interestatales se refiere al establecimiento del procedimiento a seguir y plazos para la presentación de documentos. El Comité escucha a las partes antes de decidir. *Recueil des Textes*, pág. 502.

(363) Doc. CM (50) 52 de 7 de Agosto de 1950, A 1884 en *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. V, pp. 77, 93 y ss. *Recueil des Textes*, pág. 109.

b. Competencia, procedimiento y facultades relacionadas con el derecho de reparación.

El artículo 32 del Convenio determina, esencialmente, la misión importante del Comité de Ministros en materia de protección individual y de reparación. Le atribuye funciones de control y decisorias, pese a que el Consejo, tenga por objeto primordial el fomento de la concordia y armonía política en la naciente Europa. En efecto, al Comité de Ministros le compete, según el artículo 32:

- a. Decidir, en base del Informe de la Comisión, "si ha habido o no violación del Convenio".
- b. Decidir cuales son las "consecuencias" del hecho de que la Alta Parte Contratante interesada no adopte las medidas que se deriven de la decisión del Comité.

Estas facultades de decisión han sido calificadas de función "quasi-judicial". La calificación es excesiva. Al mismo tiempo, el Convenio asigna otra función importante al Comité de Ministros: realizar una tarea supervisora o de control, esto es, "vigilar la ejecución" de las sentencias del Tribunal (art. 54) (364).

1.) La Función decisoria del artículo 32.

La función y facultades de decisión son ejercidas, en

(364) Ibidem, pág. 112.

supuestos diversos, tanto por el Tribunal como por el Comité. Ahora bien, la calificación de decisión "judicial" le corresponde únicamente a la sentencia del Tribunal. Porque el Comité es un órgano de carácter eminentemente político. Su actividad manifiesta siempre esa calidad. Sus decisiones pueden, en efecto, poner término al procedimiento iniciado ante la Comisión, pero se asemejan con frecuencia a un "acuerdo político", de naturaleza y contenido distinto a la "decisión" que hubiera, posiblemente, adoptado el Tribunal en el mismo asunto (365).

Sin embargo, a pesar del carácter político del órgano, al aprobar sus decisiones deberá conformarse con los límites establecidos por el artículo 32 del Convenio (366).

Los motivos que justifiquen la decisión del Comité deberán basarse exclusivamente en el Convenio y en consideraciones jurídicas y no en factores políticos.

Su actuación como órgano decisorio principal se halla, además, condicionada por el plazo temporal, (art. 32) y porque la Comisión deberá haber instruido el asunto y elaborado el

(365) Vasak, K.: "Institutions régionales de promotion et protection des droits de l'homme" en "Les dimensions Internationales des droits de l'homme" Unesco, Nueva York, 1978, pág. 565, punto 1272 y Robertson, A.H., Ob. cit. pp. 237 y ss.

(366) En este sentido deberá realizar su actividad de conformidad con los principios establecidos en la opinión consultiva del T.I.J. de 28 de Mayo de 1948 interpretando el art. 4 de la Carta de Naciones Unidas (Nuevos miembros de la organización y sus condiciones). Véase Robertson, A.H., ob. cit. pp. 237 y ss.

oportuno Informe, formulando su opinión sobre la existencia o no de violación del Convenio y las propuestas que considere apropiadas (art. 31). El Comité deberá decidir si ha habido o no violación, transcurridos tres meses a partir de la presentación del Informe de la Comisión, si el asunto no hubiese sido deferido al Tribunal.

Se suele admitir que el Comité actúa "subsidiariamente": es decir, cuando el Tribunal no es llamado a conocer un asunto o no se reconozca su jurisdicción como obligatoria. En estos casos, el Comité constituye el órgano decisorio principal a falta de aceptación de la clausula facultativa del artículo 46.

Las incidencias y cuestiones de procedimiento suscitadas en el ejercicio de las facultades del artículo 32, han obligado al Comité a resolver tales problemas merced a la redacción y aplicación de las "reglas para la aplicación del artículo 32". En realidad, el Comité goza, en principio, de total libertad sobre el método o el modo de adoptar la decisión (367).

El procedimiento suele resolverlo mediante una "decisión ad hoc" en la que indica a la Comisión lo que requiera el asunto. El Comité de Ministros no se halla en modo alguno vinculado por la opinión del Informe de la Comisión. Puede examinar, nuevamente, los hechos. En la práctica, acostumbra a compartir el criterio expuesto en el Informe de la Comisión.

(367) Recueil des Travaux Préparatoires, vol. V, pág. 65.

2) La función conciliadora.

Con arreglo al espíritu del Convenio, el Comité procura que medie un arreglo o conciliación entre las partes y, de esta forma poner fin al procedimiento. Las partes se comprometen a ejecutar las decisiones del Comité y del Tribunal. Como el Tribunal no puede ejercer funciones sancionadoras corresponde actuar en tal sentido al órgano político que es el Comité. Goza en este terreno de un amplio margen de apreciación.

Si el Comité reconoce la existencia de una infracción, otorga un plazo al Estado infractor, para que adopte las medidas necesarias, "que se deriven" de la decisión de aquél. Transcurrido el plazo sin haber adoptado el Estado-Parte las "medidas satisfactorias", el Comité resolverá "cuales son las consecuencias que se derivan de su decisión inicial". Las Partes-Contratantes se comprometieron a considerar obligatorias tales decisiones.

3) La función de ejecución de la sentencia.

Por otra parte, el Comité ha de vigilar la ejecución y el buen cumplimiento de las sentencias del Tribunal (art. 54) (368).

Naturalmente la efectividad de las sentencias del Tribunal será bien consolidada, merced a esa vigilancia de su cumplimiento. Esta tiene trascendencia jurídico-política no solo

(368) Véase "Règles adoptées par le Comité des Ministres relatives à l'application des articles 32 et 54 de la Convention", en Recueil des Textes, pp. 500-600.

en la doctrina, sino en la realidad jurisprudencial. Con frecuencia el Comité se limita a "tomar en consideración" las medidas derivadas de las sentencias. Igualmente toma nota de la decisión negativa sobre la pretendida violación.

La sentencia declaratoria de la violación obliga al Estado infractor a modificar la legislación impugnada. Si la reforma legislativa se realiza antes de la intervención del Comité éste "expresa su satisfacción por la medida adoptada" (369).

-
- (369) Resolución (76) 35 en el asunto "Golder contra Gran Bretaña" relativa a la Sentencia del Tribunal europeo de 22 de junio de 1976, aprobada por el Comité en su 259 sesión de delegados.
Resolución (77) 10 en el asunto "Engel contra Países Bajos" aprobada el 20 de abril de 1977 por la 268 sesión de delegados.
Véase asimismo el anexo a la citada Resolución.
Resolución (78) 35 en el asunto "Irlanda contra Gran Bretaña" de 27 de junio de 1978, aprobada por la 290 reunión de delegados y su anexo.
Resolución (78) 39 relativa al asunto "Tyrer contra Gran Bretaña" de 13 de octubre de 1978 aprobada por la sesión de delegados.
Resolución DH (80) 2 en asunto "Köning contra R.F.A." de 10 de octubre de 1980 aprobada por la 323 sesión de delegados. Resolución DH (80) 3 en el asunto "Artico contra Italia" de 18 de diciembre de 1980 aprobada por la 327 sesión de delegados. Resolución DH (81) 2 en el "Asunto Sunday Times contra Gran Bretaña" de 2 de abril de 1981 aprobada por la 332 sesión de delegados.
Resolución DH (81) 6 en el asunto "Guzzardi contra Italia" de 30 de abril 1981 aprobada por la 333 sesión de delegados y Resolución DH (81) 8 en el asunto "Airey contra Irlanda" de 22 de mayo de 1981 aprobada por la 334 sesión de delegados en "Collection of Resolutions adopted by the Committee of Ministers in application of article 54 of the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms". Estrasburgo, 1981.

En el caso de que la legislación controvertida sea modificada por el Estado culpable, el Comité de Ministros deberá "calificar" la adecuación de la reforma al Convenio. En esta calificación recaba "asesoramiento jurídico", aspecto no previsto por el Convenio. Por ello, se ha pensado que el Comité puede consultar al Tribunal sobre la decisión a adoptar cuando actúa en virtud del artículo 54.

Porque el Comité debe vigilar si las autoridades del Estado infractor han cumplido la obligación de reparar o remediar en lo posible los perjuicios ocasionados al recurrente, independientemente del hecho de que el Tribunal otorgue al damnificado una indemnización a título de reparación o bien de que el individuo haga uso del derecho que le reconoce el Tribunal en la sentencia relativa al fondo del asunto.

La actitud del Comité debe ser en cualquier caso "positiva" tanto en el supuesto de que el Tribunal decida que ha habido violación o bien que haya concedido una reparación (370).

El Comité goza de un amplio margen de apreciación en el ejercicio de su facultad sancionadora y podrá, entre otras, adoptar las siguientes medidas:

- a) Influir y presionar a los Estados mediante la publicación del Informe de la Comisión. En la práctica, no lo ha hecho, salvo dos excepciones.

(370) Robertson, A.H., Ob. cit. pp. 263-265.
Jacobs, F.G., Ob. cit. pág. 267-271.

b) Decidir la reparación de los perjuicios ocasionados por la violación, mediante la concesión de una satisfacción equitativa.

c) En último término, conforme al artículo 8 del Estatuto, la expulsión del Estado infractor.

La decisión de expulsión fue adoptada por el Comité de Ministros, como sanción al "Gobierno de los coroneles" de Grecia. Sin embargo la verdadera sanción para Grecia fue la suspensión del Tratado de Asociación entre Grecia y las Comunidades, con la supresión de las ventajas económicas, en virtud de la decisión paralela del Comité de Ministros de las Comunidades.

Entre las principales cuestiones de procedimiento que se han planteado, está la de saber si los Estados-Partes, en el litigio tienen derecho al voto; cuestión que afecta, a su vez a los Estados que no hayan ratificado el Convenio.

El Comité solucionó la primera cuestión, de modo afirmativo, interpretando el artículo 32, en el sentido de que la participación de todos los miembros del Comité, sean o no Partes en el litigio, presupone la emisión del voto. Si el Presidente a la sazón del Comité fuera parte interesada deberá ceder la Presidencia.

Asimismo, el derecho de voto se confiere a todos los miembros del Comité, con independencia de que hayan o no ratificado el Convenio (371).

(371) La Regla n° 2. Véase "Règles adoptées par le Comité des Ministres relatives à l'application des articles 32 et 54 de la Convention", en Recueil des Textes, pág. 500.

La otra cuestión se relaciona con el papel que desempeña la Comisión ante el Comité (conforme al art. 31 (3)). El Comité ha dispuesto para evitar propuestas de la Comisión "ultra vires", que ésta formule propuestas cuando se hubiera decidido la violación en el asunto en litigio. Las funciones de la Comisión con respecto al Comité no están bien definidas pese a las reglas del Comité. Están mejor formuladas las relaciones de la Comisión y el Tribunal.

Es posible que el Comité intervenga y desarrolle la investigación y establecimiento de hechos, ampliando las cuestiones suscitadas en el Informe. No suele mantener relación con la Comisión durante el examen del asunto, salvo que le requiera para mayor información, aunque no puede afirmarse que sus relaciones sean esenciales (372).

El Comité desarrolla, además, funciones administrativas y financieras, interviene en la elección de los miembros de la Comisión y del Tribunal y aprueba el presupuesto.

La elección de los miembros de la Comisión compete al Comité (art. 21). La primera elección se realizó el 18 de Mayo de 1954. Son elegidos por un período de 6 años (373). En Reso-

(372) Monconduit, F., Ob. cit. pág. 536. Respecto de las relaciones con otros órganos véase Castberg, F., Ob. cit. pp. 17-20.

(373) Se prevee que la mitad de los miembros de la Comisión sea renovada cada 3 años; a tal fin, el Protocolo del 20 de Enero de 1966, faculta al Comité para prolongar el período de 6 años previamente a proceder a una nueva elección. Este período no podrá exceder de 9 años ni será inferior a 3 años.

lución aprobada el 12 de Diciembre de 1979 se eligió al Catedrático español J.A. Carrillo Salcedo, como miembro de la Comisión, en razón de la calidad de Miembro de España. La elección de los miembros del Tribunal corresponde a la Asamblea Parlamentaria. Pero, en la práctica, el Comité elabora la lista de candidatos (374). En su 285 Reunión de Delegados, el Comité elaboró la terna para elegir el juez español, condición que ha recaído en el Catedrático español, E. García de Enterría (375).

-
- (374) A partir de la primera elección celebrada el 15 de Diciembre de 1958, fue el Comité quien configuró una lista de las quince presentadas por los Gobiernos. Las cualidades de que deben hallarse revestidos los candidatos se estipulan en el art. 39, específicamente. Recueil des Textes, pág. 110.
- (375) El Comité de Ministros desarrolla otras actividades: La Declaración de derechos del hombre de 27 de Abril de 1978, cuyo desarrollo y aplicación se le encomendó al Comité de Expertos. Véase Doc. H (82) 2, pág. 38. Así como b) la ampliación de los derechos protegidos. Proyecto de Protocolo Adicional n° 6 cuya primera lectura fue efectuada por el Comité Director de los Derechos Humanos, véase Doc. H (82) 2, pág. 38. c) Promoción de los derechos del hombre, mediante la Educación y la información, d) Examen de la compatibilidad de la aplicación del sistema del Convenio y el Pacto de derechos civiles y políticos. f) El perfeccionamiento del sistema del Convenio. Asimismo estudia la eventual revisión del Protocolo n° 2. Véase Doc. H (80) 3, pp. 25-27. Véase "Activites du Comité des Ministres en ce qui concerne la mise en oeuvre de la Convention Européenne des Droits de l'Homme". En "Activites du Conseil de l'Europe dans le domaine des Droits de l'Homme au cours de l'année 1981". Doc. H (82) 2 pp. 27-36. Véase la Resolución Relative a l'accès a l'information détenue par les autorités publiques". Doc. H (82) 2 pp. 39-41.

351'

P A R T E T E R C E R A

PARTE TERCERA

PRESUPUESTOS JURIDICOS DEL SISTEMA TUTELAR DE LA ACCION INDIVIDUAL Y DEL DERECHO DE REPARACION.

I

AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS Y ADMISION DE LAS DEMANDAS DE REPARACION.

1. La regla general y la protección de los derechos humanos.
2. Esfera de aplicación.
3. Fundamentación especial de la regla general según el Convenio europeo.
4. La regla general en otros Convenios internacionales sobre protección de los derechos humanos.
5. Renuncia del Estado a la regla general y primacía de la competencia de la Comisión europea.
6. Los principios internacionales y los actos legislativos judiciales y administrativos en relación con las demandas individuales y las interestatales.
 - a) La práctica administrativa tolerada por las autoridades inferiores.
 - b) La práctica administrativa tolerada por las autoridades jerárquicamente superiores.
7. Interpretación del Tribunal europeo y las demandas de reparación.
8. El carácter de excepciones previas: los plazos procesales y el "stoppel".

I I

A. La carga de la prueba:

- a) Principio general y su conformidad con el D.I.D.H.
- b) El Reglamento de la Comisión e interpretación teórico-práctica.
- c) A quién corresponde el deber, según el artículo 41 del Reglamento.
- d) Crítica de la primera interpretación de la Comisión.
- e) Nueva redacción del Reglamento y sus características esenciales:
 - 1) Quién la alega.
 - 2) Comienzo de prueba.
 - 3) Circunstancias especiales.
 - 4) Investigación "ex officio"
 - 5) Distribución de la prueba.
 - 6) Renuncia.

B. Límite temporal del ejercicio del agotamiento:

- a) Decisión interna definitiva.
- b) 1 plazo de seis meses.
- c) Modificaciones al límite temporal.
 - a') Recursos administrativos.
 - b') Recursos ante Tribunales constitucionales.
 - 1. Situación de "violación continuada"
 - 2. Validez relativa del plazo según sea la naturaleza del daño.

III

3. La admisibilidad del recurso interpuesto fuera del plazo de los seis meses.

4. El plazo y la notificación interna.

C. Excepciones: "circunstancias especiales":

- a) Jurisprudencia consagrada.
- b) Recursos que reiteran decisiones anteriores.
- c) Lentitud o prolongación indebida en el procedimiento.
- d) Ineficacia de los recursos internos.
- e) Parcialidad de los Tribunales y la denegación de justicia.

C'. Hipótesis de excepción inadmisibles:

- a) La insuficiencia de medios económicos.
- b) La mera ignorancia de la existencia del recurso.
- c) La opinión subjetiva sobre la improbabilidad de éxito del recurso.
- d) La diferencia de redacción en los textos oficiales.
- e) Las condiciones y el mal estado de salud.

PARTE TERCERA

PRESUPUESTOS JURIDICOS DEL SISTEMA TUTELAR DE LA ACCION INDIVIDUAL Y DEL DERECHO DE REPARACION.

I. Agotamiento de los recursos internos y admisión de las demandas de reparación.1. La regla general y la protección de los derechos humanos.

El Convenio europeo contiene en su artículo 26, el fundamento jurídico formal de la aplicación del principio de Derecho internacional general del previo agotamiento de los recursos internos antes de iniciarse el procedimiento ante una instancia internacional. Su carácter obligatorio es bien notorio. Por ello, ha podido afirmarse certeramente que su validez positiva deriva directamente del principio "pacta sunt servanda". El artículo 26 dice textualmente:

"La Comisión no podrá ser requerida más que después del agotamiento de los recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva".

Esta disposición se complementa con el párrafo 3 del artículo 27 que establece la declaración asimismo, de la inadmisibilidad de la reclamación por haber incumplido el anterior requisito. El párrafo 3° del artículo 27 dice:

"La Comisión rechazará cualquier demanda que considere inadmisibile conforme al artículo 26" (1).

El principio general internacional del previo agotamiento de los recursos internos se debe tanto a razones eminentemente jurídicas como a motivos de carácter político, que han sido tenidos en cuenta por los redactores del Convenio. La primera "ratio" jurídica que inspiró a los autores del Convenio fue sin duda la orientación general predominante en la Comunidad internacional, donde está bien consagrado el criterio del

-
- (1) Recueil des Textes de la Convention européenne des droits de l'homme. Estrasburgo 1977, pág. 112.
 Cavaré, L.: "Le droit international public positif". París 1969, t. II, pp. 430 y ss, 440 y ss. Monaco, R.: "Manuale di diritto internazionale pubblico", Turín, 1971, pág. 569. Amerasinghe, C.F.: "The Formal Character of the Local Remedies Rule", en Zaörv, 1965, pp. 445 y ss. Ago, R.: "La regola del previo esaurimento del ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale" en Archivio di Diritto Pubblico, 1938 pp. 181 y ss. Borchard, E.: "The Local Remedies Rule", en A.J. I.L. 1934, pp. 729 y ss. Briggs, M.W.: "The Local remedies rule a drafting Suggestion", en A.J.I.L., 1956, vol. 50, n° 4, pp. 921-927. Miaja de la Muela A.: "El agotamiento de los recursos internos como supuesto de las reclamaciones internacionales", en Anuario uruguayo de derecho internacional 1963, pp. 9 y ss. Díez de Velasco, M.: "La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires" en R.C.A.D.I. 1974, I, pp. 87 y ss. Eagleton, C.: "L'épuisement des recours internes et le denit de justice d'après certaines décisions récentes en R.D.I.L.C. 3 s., 1935, pp. 504 y ss. Guggenheim, P.: "Traité de droit international public". Ginebra 1954, t. II, pp. 21 y ss. Quoc Dinh, N., Daillier P. y Pellet A.: "Droit International Public", París 1980, pp. 551-553, 711-713. Chappé, J.: "La règle de l'épuisement des voies de recours internes". París 1972, pp. 4 y ss.

previo agotamiento de los recursos internos (2).

Aun siendo bien manifiesta la validez internacional del principio general, las Partes Contratantes consideraron oportuno su reconocimiento explícito en el Convenio, con el fin de evitar equívocos en la presentación de reclamaciones a la Comisión: esta intención de las Altas Partes Contratantes se plasmaría en un texto claro a fin de impedir que una reclamación se presentase ante la Comisión europea contra cualquier Alta Parte Contratante sin haber sido previamente examinadas de forma exhaustiva en el ámbito interno tendrían, en todo caso, que agotar los recursos internos. En efecto, no podrían requerir a la Comisión "más que después del agotamiento de los recursos internos". De este modo el interés legítimo de los Estados todo quedaba mejor protegido. Las Partes Contratantes manifiestan en dicho texto, el carácter subsidiario, que en cierto sentido tienen, el ámbito de la protección de los derechos del hombre, establecido por el Convenio (3).

-
- (2) En cuanto al fundamento de la regla. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1956, vol. 46, pág. 358. En cuanto a la práctica del Convenio: Asunto n° 5964/72 en *Décisions et Rapports*, 3, pp. 57 y ss. Asunto n° 343/57 en *Annuaire...*, II, pág. 439. Asunto n° 788/60 en *Annuaire...*, IV, pág. 149. Asunto n° 712/60 en *Annuaire...*, IV, pág. 400. Asunto n° 1994/63 en *Annuaire...*, VII, pág. 260. Wiebringhaus, H.: "La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme", en *A.F.D.I.*, 1959, pp. 685 y ss. Cassese, A.: "Le droit de recours individuel devant la Commission européenne des .../...

- (3) El individuo solo podía ejercer el derecho de recurso individual cuando "... he has exhausted all the remedies of his own country and the means of redress open to him within his own State. The Assembly will remember .../...

Las Partes en el Convenio se comprometen a garantizar, en primerísimo término, la protección de los derechos en sus propios órdenes internos. Tan solo en el supuesto de que las autoridades nacionales no ofreciesen la debida garantía, sería cuando entrase en juego el sistema introducido por el Convenio. En caso contrario, por otra parte, la Comisión se vería per-

.../...
(2)

droits de l'homme"., en "Les Clauses Facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme". Bari, 1974, pág. 57. Cançado Trindade, A.A.,: "The Burden of the Proof with regard the Exhaustion of Local remedies in International Law", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile* 1977, n° 11, pp. 568-614, aquí pp. 570-573. Ruiloba, E.: "El agotamiento previo de los Recursos internos como requisito de la protección Internacional de individuo". Universidad de Valencia, 1978, pp. 131 y ss.

.../...
(3)

that article 12 only comes into operation after all other means of redress within a State have been tried". En *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. 5, pág. 198. Visscher, C. de.,: "Théories et réalités en droit international public". París 1970, pp. 48 y ss. Guggenheim, P., ob. cit. pág. 32. Ago, R., ob. cit. pág. 26. En cuanto requisito de admisibilidad, véase: Vitta, E.: "Processo civile e diritti dell'uomo" en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1977, n° 11, pp. 576 y ss. Alcalá, Zamora Castillo, N.: "La protección procesal internacional de los Derechos Humanos", Madrid, 1975, pág. 87.

Sperdutti, G.: "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il suo sistema di garanzie" en *Rivista di Diritto Internazionale* 1963, pp. 161-175.

Reuter, P.: "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public", en "La technique et les principes du droit public". Etudes en l'honneur de Scelle, G., París 1950, t. II, pp. 535-552.

turbada en el ejercicio de la función que le confía el texto europeo (4).

Sin la aceptación expresa de la regla clásica, el procedimiento ante la Comisión se vería sobrecargado, y se prolongaría indebidamente. Y su decisión final sería naturalmente la inevitable afirmación de inadmisibilidad de la reclamación por el no-agotamiento (5).

-
- (4) Guinand, J.: "La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme". En *Revue belge de droit international* 1968, pp. 471 y ss.
 Spatafora, E.: "La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni nella giurisprudenza della Commissione Europea dei Diritti dell'uomo", en *Rivista di diritto europeo* 1971, pp. 101 y ss. Amerasinghe, C.F.: "The rule of Exhaustion of Domestic Remedies in the Framework of International Systems for the Protection of Human Rights". En *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1968, pp. 257 y ss, en concreto pp. 258 y 265.
 Sulliger, D.: "L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme", Lausana 1979, pp. 9 y ss. Vasak, K.: "Le droit international des droits de l'homme" en *R.C.A.D.I.*, 1974, IV, pp. 333 y ss.
- (5) Mertens, P.: "Origines et fondements d'un droit de recours interne en cas de violation d'une norme de droit international". en "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen". Bruselas, 1978, pp. 40 y ss. Dominici, C.: "La Convention européenne des droits de l'homme devant le juge national", en *Annuaire suisse de droit international*, 1972, pp. 9 y ss. Séfériadés, S.: "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", en *R.C.A.D.I.*, 1935, I, pp. 5-119. Eissen, M.A.: "La Cour européenne des droits de l'homme", en *A.F.D.I.*, 1959, pp. 618-658. Monconduit, : "La Commission européenne des Droits de l'homme". Leyden 1965, pp. 304 y ss. Asuntos n° 1420/62, 1477/62 y 1478/62, de 16 de diciembre de 1964, en *Annuaire...*, VI, pág. 591.

"La competencia de la Comisión es esencialmente subsidiaria, el Estado es el primer órgano encargado de asegurar el respeto de los derechos garantizados. De ahí, se deriva que la presentación de una demanda ante la Comisión no crea litispendencia alguna oponible a las jurisdicciones internas que examinen el asunto. La regla del agotamiento puede interpretarse como imponiendo una litispendencia a la Comisión" (6).

-
- (6) Wiebringhaus, H.: "La règle de l'épuisement préalable de recours internes dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme", en A.F.D.I., 1959, pp. 685-688.
- Zanghi, C.: "L'esaurimento dei ricorsi interni nella giurisprudenza della Commissione Europea dei Diritti dell'uomo". Notiz del Centro Internazionale di Studi per la Protezione dei Diritti dell'uomo 1967, n°2-3, pp. 62 y ss.
- Antonopoulos, N.: "La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme". Leyden, 1967, pp. 48-50.
- Marín López, A.: "El recurso individual ante un órgano internacional. El caso Nielsen", en R.E.D.I., 1965, vol. XVIII, n° 1, pp. 15-16.
- Ruiloba, E.: "La regla del agotamiento de los recursos internos a través de las decisiones de la Comisión europea de los Derechos del hombre", en "Homenaje al Profesor Luis Sela Sampl", Oviedo, 1970, t. I, pp. 467-504.
- Y: "El agotamiento de los Recursos Internos como requisito de la protección Internacional del Individuo". Universidad de Valencia, 1978, pp. 132-136.
- Grillo-Pasquarelli, E.: "The question of the Exhaustion of Domestic Remedies in the Context of the Examination of Admissibility of an application to the European Commission of Human Rights" en "Privacy and Human Rights", en Manchester, 1973, pp. 332 y ss.
- Fawcett, J.E.S.: "The application of the European Convention on Human Rights", Oxford, 1969, pág. 452 y ss.

La intención inicial de los autores del Convenio no ha recibido una respuesta positiva en la práctica ya que los particulares siguen presentando, en número elevado, reclamaciones ante la Comisión que no pueden prosperar como tales demandas por no haberse efectuado el previo agotamiento de los recursos internos.

La Comisión ha tenido, por tanto, innumerables ocasiones de pronunciarse sobre la aplicación en concreto de la clásica regla, y su interpretación ha diferido en ocasiones de la realizada por el Tribunal cuando se ha visto llamado a pronunciarse sobre esta excepción preliminar (7).

La interpretación de la Comisión y del Tribunal se efectúa de conformidad con las circunstancias específicas de cada asunto en litigio y por ello se deriva la consecuencia inmediata de la dificultad de extraer conclusiones válidas sobre la materia para la totalidad de los casos y supuestos diversos.

-
- (7) En cuanto a la Comisión cabe citar entre otras; la decisión de la Comisión de 31 de Mayo de 1956 en el Asunto n° 27/55, en *Annuaire...*, I, pág. 130. Decisión de 17 de Diciembre de 1957 en el Asunto n° 188/56, en *Annuaire...*, I, pág. 174. Decisión de 20 de Diciembre de 1957 en el asunto n° 277/57 en *Annuaire...*, I, pág. 219. Decisión de 8 de Enero de 1959, en el asunto n° 222/56, en *Annuaire* II, pág. 344. Asunto n° 343/57, en *Annuaire*, II, pág. 437. Asimismo Asunto n° 617/69 "Höpfinger contra Austria" en *Annuaire* III, pág. 370. Asunto n° 712/60 "Retimag" en *Recueil des décisions*, 8, pág. 38 y en *Annuaire...*, IV, pág. 384 Asunto n° 1193/61, decisión de 29 de Septiembre de 1965, en *Annuaire...*, VIII, pp. 153-155.

La fecunda interpretación de la Comisión debe examinarse con la debida precaución para evitar la generalización fácil de los principios específicos establecidos.

La Comisión atiende ante todo a los daños que en cada caso han sido causados a la víctima y analiza con cuidado si el orden interno es o no capaz de repararlos. Por otro lado, es preciso observar la repercusión inmediata de la decisión de la Comisión en el propio sistema legal vigente de los Estados miembros. Porque el objetivo perseguido por la disposición citada es el de hacer responder al Estado infractor ante la jurisdicción internacional.

La Comisión, a su vez, ha interpretado textualmente el reenvío que el artículo 26 hace a la aplicación de los "principios generales de Derecho internacional en la materia". La Comisión ha acudido en numerosas ocasiones a dicho reenvío, y ha invocado la norma consuetudinaria de Derecho internacional público cuando entra en tela de juicio la responsabilidad de los Estados. Esta remisión frecuente de la Comisión se justifica porque los redactores del Convenio no expresaron en los trabajos preparatorios los criterios conforme a los cuales debía aplicarse la regla (8).

(8) Rutiloba, E.: "El agotamiento de los Recursos internos como requisito de la protección internacional del Individuo". Valencia, 1978, pp. 129 y ss.
 Fachiri, A.P.: "The Local Remedies Rule in the Light of the Finnish Ships Arbitration", en B.Y.B.I.L., 1936, vol. XVII, pp. 19 y ss.
 Fawcett, J.E.S.: "The Exhaustion of Local Remedies, Substance or Procedure?" en B.Y.B.I.L., 1954, 31, pp. 452-458. Mikaelson, L.: "European Protection of Human Rights". Alphen den Rijn, 1980, pp. 105 y ss. Amerasinghe,

En general puede sentarse el criterio de que ciertamente esta disposición concreta (art. 27-2) no es invocable para las demandas interestatales.

Pero ello no quiere decir que la demanda interestatal no puede ser desestimada en virtud de la inobservancia de la regla del agotamiento de los recursos internos. Porque el mismo artículo 27 estipula en su párrafo 3°.

"La Comisión rechazará cualquier demanda que considere inadmisible por aplicación del artículo 26".

Este párrafo 3° del artículo 27, no circunscribe tan solo su validez para las reclamaciones individuales y es, pues aplicable a las dos clases normales de demandas, la individual y la interestatal.

En efecto, el artículo 27 hace dos referencias distintas al articulado del Convenio. Por un lado, contempla de modo específico las demandas individuales, cuando remite al artículo 25 en el que se fundamentan, justamente, las reclamaciones individuales o de grupos de particulares (9).

.../...

C.F.: "State Responsibility for Injuries to Aliens", Oxford, 1967, pág. 265.
En cuanto a la práctica véase Asunto n° 2614/65, "Ringelsen(Austria)", en cuanto a la tesis de la Comisión en Recueil des décisions, pp. 29 y ss. Y respecto Tribunal véase. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 13, párf. 85-93.

- (9) Panzera, F.: "Le pouvoir de la Cour européenne des droits de l'homme d'accorder une satisfaction équitable

.../...

Por otro lado, el mismo artículo 27 apela de modo genérico, además, al artículo 26 y, por ello, es aplicable a ambas categorías de demandas, ya que el artículo 26 no introduce, tampoco, distinción alguna entre demandas individuales o interestatales (10).

.../...

a la partie lésée", en "Les Clauses Facultatives de la Convention Européenne des droits de l'homme". Bari, 1974, pág. 105.

Sperdutti, G.: Ob. cit. pág. 818, Castberg, F., Ob. cit. pág. 57. Amerasinghe, C.F.: "State Responsibility for Injuries to Aliens". Oxford, 1967, pág. 277.

- (10) El Tribunal y la Comisión expresaron en el Asunto de "Irlanda-Gran Bretaña" la aplicación de la regla: "This rule as embodied in art. 26, applies to State applications (art. 24) in the same way as it does to individual applications (art. 25), when the applicant State does not more than denounce a violation or violations allegedly suffered by "individuals" whose place, as it were, is taken by the State. On the other hand, and in principle, the rule does not apply where the applicant State complains of a practice as such, with the aim of preventing the continuation or recurrence of the practice, but does not ask the Court or the Commission to give a decision on each of the cases put forward as proof on the admissibility of the case". En Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 25, párf. 159 in fine.
- En cuanto a las demandas interestatales véase Castberg, F.: "The European Convention on Human Rights". Leyden 1974, pág. 49.
- Amerasinghe, C.F.: "State Responsibility for injuries to aliens", Oxford, 1967, pág. 278. Guinand, J.: "La règle de l'épuisement de voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme", en Revue Belge de Droit International, 1968, 2, pp. 471 y ss.
- Morrison, C.: "The Developing European Law of Human Rights". Leyden, 1967, pp. 85-87. Vasak, K.: "Le droit international des droits de l'homme" en R.C.A.D.I., 1974, IV, pág. 378.

2. Esfera de aplicación.

La obligación del previo agotamiento de los recursos internos se estipula, en principio, tanto en relación con las demandas interestatales como en relación con las reclamaciones individuales.

La regla se aplica con independencia del carácter de las medidas legislativas o bien prácticas administrativas. Por eso, se dice que el Estado ha de responder no solo frente a sus propios súbditos en el momento de explicar sus actividades administrativas y judiciales sino que también deberá responder de las mismas ante una jurisdicción internacional.

La doctrina discute, sin embargo, la aplicación de la regla respecto de las demandas de carácter interestatal. Es cierto que el artículo 26 no se refiere a las demandas interestatales de forma expresa ni tampoco excluye su aplicación de modo expreso, respecto de ese tipo de demandas.

Múltiples son las razones en que se ha basado la práctica de la Comisión para justificar la aplicación de la regla a las demandas interestatales.

1) El sistema de "garantía colectiva" establecido por el Convenio no debilita, en modo alguno, la aplicabilidad de la regla porque faculta a los Estados para reclamar no solo por las eventuales violaciones que sufran sus propios nacionales sino cuando afecten éstas a extranjeros (11). Así se manifestó

(11) Asuntos n° 6780/74 y 6950/75 "Chipre contra Turquía", en la que la Comisión señalaría que el párrafo 2 del

la Comisión en sus decisiones de 12 de Octubre de 1957 y en la Decisión del 11 de Enero de 1961 (12).

2) El artículo 26, no distingue, según la Comisión, entre materias que son presentadas ante la Comisión ya sea por

.../...

artículo 27 no se aplica a demandas interestatales. Asunto n° 800/77 - decisión de octubre de 1978 por la invasión turca de Chipre. En su desición de 26 de Mayo de 1975 declararfa la improcedencia de la excepción presentada por el gobierno demandado en cuanto al no agotamiento. En Annuaire, n° XVIII, pp. 121-123. Por último: "The Commission has not excluded the application of other grounds for inadmissibility than the grounds mentioned in the Convention, at least in State applications. However, the Commission has been very cautious in applying such grounds which are not enumerated in the Convention". En Décisions et Rapports, 13, pp. 85 y ss. Y Asunto n° 176/56, en Annuaire, vol. II, pág. 185. n° 299/57, en Annuaire, vol. II, pp. 178-180.

(12) En los Asuntos de "Gracia c. Gran Bretaña" y "Austria c. Italia", n° 788/60 en Annuaire, IV, pp. 116 y ss.

individuos, organizaciones no gubernamentales o grupos de individuos o bien por Estados. No obsta para ello el hecho de que el artículo 27 (2), estipula ciertas "condiciones específicas", exigibles únicamente en el supuesto de que se trate de reclamaciones individuales.

En los asuntos interestatales se aplica la regla del agotamiento previo así como la regla del plazo de 6 meses como límite temporal para la presentación de la demanda. Es el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva, del artículo 26. Así se desprende claramente de la interpretación establecida en los asuntos "Austria contra Italia" y en las demandas presentadas por "Chipre contra Turquía" (13).

La Comisión no aceptó el argumento esgrimido por el Gobierno austriaco favorable a la distinta condición del Estado y de la "víctima" particular, exigible en los supuestos de las demandas individuales. (14). Esta distinción del Estado tendría

-
- (13) La Comisión rechazó la tesis austriaca declarando que no se circunscribe a las demandas individuales, porque si fuere así se hubiese redactado en términos similares al art. 27 (1) y (2) que se aplica únicamente a las demandas individuales. Véase decisión de 11 de Enero de 1961 en el asunto n° 788/60, en *Annuaire...*, vol. IV, pág. 153 y Asunto n° 6780/74 y n° 6950/75 en *Annuaire...*, XVIII, pág. 83 y en *Décisions et Rapports*, 2, pág. 125.
- (14) Véanse Asuntos "Irlanda c. Gran Bretaña", presentado ante la Comisión en 1971, n° 5310/71, y 5451/72, en *Annuaire XV*, pp. 76 y ss, y en *Recueil des Décisions* 41, pág. 3.
Y Asunto de "Chipre contra Turquía" (Primero y segundo Asunto) n° 6780/74 y 6950/75 en *Annuaire...*, XVIII, pp. 83 y ss, y en *Décisions et Rapports*, 2, pp. 125 y ss.

por consecuencia la necesidad de excluir la regla del agotamiento para los supuestos de demandas interestatales. En sentido contrario se había manifestado el gobierno italiano interpretando la regla en el sentido de que la obligación de los individuos de agotar los recursos internos no excluía la validez de la misma obligación para los Estados. La diferencia formal entre los dos artículos 24 y 25 no implicaba la intención de eximir al Estado del previo agotamiento establecido en términos generales por el artículo 26.

"La Comisión no podrá ser requerida más que después de agotamiento de los recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva".

Y este criterio fue sustentado, también, por la Comisión en el asunto "Irlanda contra el Reino Unido" y "Chipre contra Turquía" (15).

(15) Asunto "Chipre contra Turquía" n° 6780/74 y 6950/75 en *Annuaire...*, XVIII, pág. 83 y *Recueil des Décisions*, 2, pág. 125.
 Asunto n° 8007/77 "Chipre contra Turquía" en *Décisions et Rapports*, 13, pp. 85 y ss.
 Asunto n° 5310/71 "Irlanda c. Gran Bretaña" en *Recueil des Décisions* 41, pág. 4 y ss.
 Asunto n° 4448/70 "Dinamarca, Países Bajos y Suecia c. Grecia" (Denominado segundo Asunto Griego), en *Annuaire...*, XIII, pp. 108 y ss, y *Recueil des Décisions*, 34, pág. 70.

La Comisión, invocó que conforme a lo establecido en el artículo 27 (3) es preciso aplicar la regla del agotamiento con independencia de que la reclamación se haya presentado ante la Comisión en base al artículo 24 o bien en base al artículo 25.

La Comisión interpreta la remisión a los "principios generalmente reconocidos del Derecho internacional" en el sentido de que no puede deducirse de ellos, que sea inaplicable la regla a las Altas Partes Contratantes y se limite tan solo a los supuestos de reclamaciones individuales, trátense de individuos, organizaciones no gubernamentales o grupos de individuos.

Es interesante, sin embargo, observar la singularidad de la jurisprudencia de la Comisión cuando se trata de la aplicación de la regla; supuesto de una reclamación concerniente a "medidas legislativas" o a una "práctica administrativa" (16). En principio se ha sostenido que la regla no se aplica si la reclamación se refiere a la compatibilidad de determinadas reglas o un conjunto de ellas en relación con el Convenio en general. Esta cuestión merece ulterior examen.

En fin, no puede considerarse que el Convenio europeo se encuentre entre los Convenios de "garantía colectiva" de los derechos humanos en las que se omite la previsión del agotamiento.

(16) Asuntos n° 5310/71, n° 6780/74 y n° 6950/75 en Recueil des décisions 41, pág. 3 y Annuaire...., XVIII, pp. 83 y ss.

En principio, la regla se aplica "prima facie" a todos los procedimientos que se desarrollen ante la Comisión (17). Ciertamente es que hay autores que introducen la salvedad de procedimientos que impugnen medidas generales. Esta apreciación no es compatible de modo absoluto, como examinaremos más adelante.

3. Fundamentación especial de la regla general según el Convenio europeo.

El fundamento de la regla se suele encontrar en la finalidad misma que persigue, de dar una última ocasión de solventar el conflicto al Estado antes de verse enjuiciado internacionalmente. La Comisión europea, en su interpretación, ha cumplimentado conscientemente su necesaria participación en la delimitación del objetivo de la regla (18).

Por eso la Comisión estableció, en el asunto Nielsen, (19) que el fundamento de la regla estribaba en la puesta en juego de la responsabilidad de los Estados (20). Pronunciándose

(17) Amerasinghe, C.F., ob. cit. pág. 278.
Antonopoulos N., ob. cit. pp. 49-50.

(18) Véase Primer Asunto de "Grecia c. Gran Bretaña", en *Annuaire*, II, pp. 182 y ss. Asunto de "Irlanda contra Gran Bretaña", n° 5310/71 en *Recueil des décisions* 38, pp. 18 y ss. En el asunto n° 788/60 "Austria c. Italia" se expresaría el objetivo de la regla. En *Annuaire*..., IV, pp. 172 y ss.

(19) Asunto n° 343/57 "Nielsen c. Dinamarca", en *Annuaire*..., II, pp. 413 y ss.

(20) *Ibidem*, pág. 261 y Asunto n° 235/56, en *Annuaire*..., II, pág. 305.

la Comisión en tal sentido no se separaba básicamente del fundamento de la regla en el ámbito de la práctica de la Protección diplomática. La Comisión declaró:

"Al igual que en el sistema de protección diplomática la necesidad del previo agotamiento de los recursos internos se deriva del hecho de que se trata en principio de la puesta en juego de la responsabilidad internacional de un Estado y que en consecuencia no es razonable ponerla en juego sin haber intentado previamente obtener la reparación ante las autoridades internas normalmente competentes del Estado demandado" (21).

La Comisión ha procurado no solo dar la prioridad que se merecen los intereses del Estado demandado, sino que les confiere la posibilidad de que se reparen los daños ocasionados en su propio ordenamiento interno, conforme a los principios de la "reparación interna".

Es bien lógico y necesario evitar que el procedimiento internacional substituya a los procedimientos internos que sean accesibles al particular (22). La Comisión establecería en el

.../..

Asunto n° 343/57 en *Annuaire...*, II, pág. 439.
Asunto n° 788/60 en *Annuaire...*, IV, pág. 149.
Asunto n° 712/60, *Ibidem*, pág. 400.
Asunto n° 1994/63 en *Annuaire...*, VII, p. 260.

(21) Wiebringhaus, H., ob. cit. pp. 689 y ss.

(22) Cassese, A., ob. cit. pág. 57. Fawcett, J.E.S., ob. cit. pp. 293-294. Sulliger, D., ob. cit. pp. 42-45.

asunto Nielsen:

"La regla según la cual es necesario agotar los recursos internos antes de presentar una demanda internacional está fundada en el principio de que el Estado demandado debe, por sus propios medios y en el marco de su orden jurídico interno, poder reparar el daño alegado". (23).

Es decir la Comisión tiene en primer término presente la finalidad que persigue la regla. La Comisión se inspira en dicho asunto y en el de "Vagabundeo" y en la sentencia arbitral del caso Ambatielos y la sentencia del T.I.J. en el asunto Interhandel (24).

En el caso Ambatielos, la Comisión arbitral estableció:

"Los órganos cualificados del Estado deben poder decidir previamente sobre la reclamación. Deben poder precisar el contenido del litigio y establecer su alcance" (25).

(23) Asunto n° 343/57 contra Dinamarca en *Annuaire...*, II, pp. 413 y ss.

(24) Sentencias de. T.I.J., de 19 de Mayo de 1953 y de 21 de Marzo de 1959. En C.I.J. Recueil 1953, pág. 23 y 1959, pág. 26.

(25) Respecto del Asunto "Ambatielos", véase E. Spatafora, *ob. cit.* pág. 106.

El principio del previo agotamiento de los recursos internos fue asimismo consagrado en la sentencia del T.I.J. en el asunto Interhandel al que hizo referencia la Comisión (26):

"Antes de recurrir a la jurisdicción internacional, se consideró en tal caso, que el Estado donde se cometió la lesión debía tener la posibilidad de remediar la situación por sus propios medios y en el marco de su orden jurídico interno" (27).

En la práctica el Tribunal internacional había admitido la excepción preliminar debido a que el nuevo recurso iniciado ante las autoridades americanas "writ of certiorari" ante el Tribunal Supremo, no había finalizado el procedimiento (28).

La doctrina ha consolidado el criterio que preconiza el necesario equilibrio y respeto entre las jurisdicciones naciona-

(26) Perrin, G.: "L'affaire de l'Interhandel: phase des exceptions préliminaires". En A.S.D.I, 1959, pp. 73 y ss.

(27) Recueil, C.I.J. 1959, pág. 26.

(28) Respecto del Asunto Interhandel véase: Spatafora, E., ob. cit. pág. 104. Guinand, J., ob. cit. pág. 258 y Ruiloba, E. ob. cit. pp. 110-116.

les e internacionales (29). Sobre esta base se afirma que:

"A la regla del agotamiento previo de los recursos internos le corresponde la tarea de determinar la posición de las instancias nacionales en relación con las instancias internacionales" (30).

Entendida de esta forma la regla se confirmaría el carácter subsidiario del sistema europeo. La observancia de la regla sitúa a las instancias internacionales en la cúspide de una pirámide y para alcanzarla es necesario que se respete el orden jerárquico establecido. En este sentido cuando, examinemos los recursos internos que deben ser agotados hemos de ver como la Comisión ha interpretado que la reclamación se debe plantear necesariamente en el ámbito interno hasta llegar a la jurisdicción superior. Naturalmente será, en todo caso im prescindible que la reclamación formulada por el recurrente an te la Comisión sea idéntica a la formulada en el plano interno.

Si nos atenemos a la finalidad, a la teleología de la regla, para determinar su fundamento, observamos como la oportunidad dada al Estado del agotamiento previo de los recursos por el demandante se corresponde con los fines intrínsecos del principio general. Este criterio finalista, como causa determi nante del fundamento de la regla, coexiste con otros tres posibles factores justificativos, como son:

(29) Cassese, A., ob. cit. pág. 57.
 Fawcett, J.E.S., ob. cit. pp. 293-294.
 Sulliger, D., ob. cit. pp. 293-294.
 Ruiloba, E., ob. cit. pp. 133-136.
 Guinand, J., ob. cit. pág. 102.
 Alcalá Zamora, N., ob. cit. pág. 88.
 Vasak, K., ob. cit. pág. 375.
 Reuter, P., ob. cit. pág. 375.

(30) Guinand, J., ob. cit. pp. 92 y ss.
 Fawcett, J.E.S., ob. cit. pp. 452 y ss.

1) La positividad del Derecho:

"desde un plano jurídico positivo la regla deriva de la legitimidad de su fuente" (31).

2) La razón técnica-sistemática:

"desde un punto de vista lógico-jurídico la regla se deduce necesariamente como una exigencia técnica del sistema en que está enclavada" (32).

3) La estimación de valores meta-jurídicos: "el fundamento de la regla radica en su axiología" (33). Sin embargo, los factores justificativos indicados no restan importancia alguna, antes bien son coincidentes con el fundamento teleológico de la regla:

"Al fundamento de la regla se llega también por el camino de su teleología. En este sentido la validez de la regla reposa sobre la conveniencia o justicia de sus fines en sí mismos considerados. Fundamentalmente cabe señalar tres: el de dar oportunidad al Estado para que repare por sus propios medios el daño causado, su consecuencia contingente de evitar la controversia internacional y el de contribuir a la armonía y equilibrio entre las exigencias internas y las superiores de la Comunidad internacional" (34).

(31) Ruiloba, E., ob. cit. pág. 322.

(32) Véase Ibidem, pág. 322.

(33) Véase Ibidem, pág. 322.

(34) Véase Ibidem, pág. 323.

A la explicación teleológica se conforma claramente la Comisión (35) que ha reiterado la idea de que la regla se basa en la necesidad de dar en primer lugar al Estado demandado la posibilidad de remediar la situación litigiosa por sus propios medios y en su orden jurídico interno a la luz de la jurisprudencia consagrada en el Asunto Interhandel (36).

Las resoluciones de la Comisión sobre el agotamiento previo de los recursos internos, derivado del artículo 26 del Convenio, nos dan también, a entender que en el fundamento de la regla existe otro razonamiento pragmático digno de consideración.

La necesidad de atender el resultado que obtendría el recurrente que reclama ante la instancia internacional. En el supuesto de que la Comisión se pronunciara en favor del recurrente el resultado alcanzado podría ser o no idéntico al que hubiese obtenido ante la instancia interna. La cuestión es importante en la interpretación del artículo 26, porque es lógico pensar en "la posibilidad de obtener idéntico resultado ante las dos instancias" (37).

(35) Asunto n° 5964/72 en *Décisions et Rapports*, 3, pp. 57 y ss. Asunto n° 788/60 "Austria c. Italia" en *Annuaire...*, IV, pp. 166-182. Asunto n° 712/60 "Retimag" en *Annuaire...*, IV, pp. 384 y ss.

(36) C.I.J. Recueil, 1959, pág. 26.

(37) Asuntos n° 5573/72 y 5670/72 en *Décisions et Rapports*, 7, pp. 8 y ss.
Asunto n° 263/57 en *Annuaire...*, I, pp. 146 y ss.
Asunto n° 1103/61, en *Annuaire...*, V, pp. 168 y ss.

Claro está, que esa eventualidad explica la necesidad que indicamos antes, de que la reclamación sea idéntica en am bas instancias. En conexión con este aspecto se encuentra la idea de la "repercusión inmediata" que puede tener la decisión de la Comisión no solo para el Estado demandado, sino también para cualquier otra Parte Contratante.

La significación de este hecho es indudable, pues tendrá inmediata repercusión en el sistema legal interno de todos los Estados miembros.

Baste señalar en tal sentido que la Comisión al limitar el objetivo de la regla, tiene que decidir sobre la eficacia o ineficacia de los recursos internos existentes en el Estado de mandado. Y, en efecto, la Comisión hubo de pronunciarse, con cautela, sobre la "ratio" de la disposición, del artículo 26, cuando tuvo que interpretar la diferente redacción de la regla en los textos francés e inglés.

1. "Las Altas Partes Contratantes no quisieron solo confirmar, en beneficio propio que el recurso presentado contra cualquiera de ellas no puede, en el plano internacional, examinarse en cuanto al fondo, antes de que el examen de las reclamaciones se efectúe de forma exhaustiva en el ámbito interno".

.../...

Asunto n° 6780/74, 6950/75 "Chipre c. Turquía" en Décisions et Rapports, 2, pp. 125 y ss.
 Asunto n° 788/60 "Austria c. Italia", en Annuaire..., IV, pp. 172 y ss.
 Asunto n° 4340/69 "Simon-Herold c. Austria", en Annuaire..., XIV, pp. 352 y ss.
 Asunto n° 7456/76 "Wiggins c. Gran Bretaña" en Décisions et Rapports, 13, pp. 40 y ss.

2. Asimismo pretendieron evitar cualquier retraso en el procedimiento que se llevase a cabo ante la Comisión debido a la presentación prematura de la demanda; para garantizar el alcance de este objetivo previeron explícitamente que la apelación a la Comisión sería después del agotamiento de los recursos internos (38).

Al margen de las múltiples explicaciones jurídicas sobre la regla general, no se ha de echar al olvido otra motivación que se ha dado sobre la regla: no solo se debe a una necesidad práctica sino "política". Por un lado, resultaría inútil que la Comisión tuviese que entender de reclamaciones para las que existiesen recursos suficientes y accesibles en el Estado requerido. Y por otro lado, sería cuestionable y dudoso que los Estados hubiesen aceptado un sistema de control internacional que no les hubiese otorgado la facultad previa de reparar la infracción alegada en el contexto de su sistema jurídico (39).

4. La regla general en otros Convenios internacionales sobre protección de los derechos humanos.

La regla se halla inserta en otros textos internacionales de protección de los derechos humanos de ámbito universal. El artículo 41 del Pacto Internacional de derechos civiles y

(38) Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 13, 1971, pág. 213.

(39) Mikaelson, L., ob. cit. pág. 106.

políticos, se refiere al funcionamiento de las comunicaciones escritas por las que un Estado pone en evidencia que otro Estado-Parte no se conforma con las obligaciones que se derivan del presente Pacto.

En el párrafo 1° en el apartado c) estipula:

"El Comité no puede conocer un asunto que le fuese sometido sino después de haberse asegurado de que todos los recursos internos disponibles han sido utilizados y agotados, conforme a los principios de D.I. generalmente reconocidos".

Los artículos 2 y 3 tratan el tema del agotamiento y la inadmisibilidad de las comunicaciones del Protocolo facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, y reconocen la competencia del Comité de Derechos del Hombre para conocer de las peticiones individuales que le fuesen presentadas una vez que los recurrentes hubiesen agotado previamente los recursos internos.

"El Comité no examinará ninguna comunicación presentada por un particular sin haberse asegurado previamente de que el particular ha agotado todos los recursos internos disponibles" (art. 2) (40).

(40) Carrillo Salcedo, J.A.: "Textos básicos de Naciones Unidas", Madrid, 1982, pág. 136.
En relación con las reclamaciones individuales. Véase art. 5, n° 2 (b) del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En relación con las demandas estatales, arts. 41, n° 1 (c) del Pacto. Ob. cit. pp. 151-156 y 149. Asimismo Das, K.: "Institutions et procédures issues des conventions relatives aux Droits de l'homme et aux libertés fondamentales" en "Les dimensions internationales", cit., pp. 427-428.

Esta regla no se aplica en el supuesto en que los procedimientos de los recursos existentes excedieran plazos considerados razonables.

El Convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Establece un Comité para la eliminación de la discriminación racial. Este órgano recibe los informes de los Estados-Partes que se refieren a la puesta en práctica del Convenio en el ámbito interno.

Tiene también competencia para examinar las desavenencias que surjan entre las partes en cuanto a la no aplicación del Convenio. Con arreglo a las atribuciones del Comité, éste se encuentra obligado a cerciorarse de que los recursos internos hayan sido agotados en las condiciones exigidas (41).

El Comité ha de examinar, pues, todas las comunicaciones, teniendo en cuenta no solo las informaciones que le suministre el Estado-Parte interesado, sino también el recurrente. Sin embargo, dicho examen solo puede darse después de haberse esclarecido bien que el recurrente ha agotado los recursos internos a su disposición (42).

(41) El Pacto en su art. 11, párrafo 3, dispone:
"El Comité conocerá de un asunto que se le someta, de acuerdo con el párrafo 2 del presente artículo, cuando se haya cerciorado de que se han interpuesto y agotado todos los recursos de jurisdicción interna, de conformidad con los principios de derecho internacional, generalmente admitidos", Carrillo Salcedo, J.A., ob. cit. pág. 115.

(42) Ibidem, pp. 115 y 117.

Esta regla se estipula en el artículo 14, párrafo 7, apartado a), y es análoga a la estipulada en el artículo 11, párrafo 3 del Convenio, estableciendo que el Comité no ha de conocer del asunto que le sea sometido "sino después de haberse asegurado de que todos los recursos internos disponibles han sido utilizados o agotados, conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos". Es de observar, repetimos, que esta regla no se aplica si los procedimientos de los recursos exceden los plazos razonables. Al igual que en el Pacto antes examinado. Por ello es lógico que el artículo 69 del Reglamento interno, se estipule que el Comité podrá recabar de los Estados-Partes cualquier información que se refiera a la aplicación del artículo 11 (43). Ahora bien, ni el Convenio ni el Reglamento interno del Comité desarrollan el modus operandi del Comité para llegar a cerciorarse de la efectividad del agotamiento. Esta laguna es importante y, por ello, motivó la manifestación contraria de ciertos Estados que aspiraban a excluir la regla configurada en el artículo 11, párrafos 4 y 5 (44).

(43) Amerisanghe, C.F., ob. cit. pág. 274.

(44) En el párrafo 4 dispone:
 "En todo asunto que se le someta, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados que faciliten cualquier otra información pertinente". Véase Carrillo, J.A., ob. cit. pág. 115. Das, K., véase "Institutions des Nations Unies", en ob. cit., pp. 367-441, especialmente pp. 375-408, en cuanto al previo agotamiento de los recursos internos, ibidem, pp. 392-393.
 Ruiloba, E., ob. cit. pp. 129-131.
 En el párrafo 5 dispone:
 "Cuando el Comité entienda en cualquier asunto derivado del presente artículo, los Estados Partes interesados podrán enviar un representante que participará sin derecho a voto en los trabajos del Comité mientras se examine el asunto. Véase Carrillo Salcedo, J.A., ob. cit. pág. 115.

Esta propuesta no prosperó en la Asamblea General. Y no carecía de justificación, porque tal cual se enunció la regla había de ser de difícil aplicación. Carecía, además, de la precisa determinación de a quien corresponde la carga de la prueba. Y a tales motivos se agregaba el temor siempre presente de los Estados a una torcida o abusiva aplicación de la cláusula del no agotamiento (45).

La Convención inter-americana de derechos del hombre hace referencia explícita de la regla.

La Comisión interamericana de derechos humanos que fue creada para contribuir a la realización de los objetivos de la organización (art. 51, párf. 3) del Protocolo de Buenos Aires que reformaba la carta de la OEA, así como para controlar la aplicación de los derechos humanos, la Comisión en el ejercicio de sus funciones examen de las comunicaciones que le fueran elevadas deberá cerciorarse y examinar si "habían sido utilizados y agotados los procedimientos y las vías de recursos internos de los Estados miembros debidamente" (46).

(45) En el párrafo 3 se exime de su observación.
"... No se aplicará esa regla cuando la substanciación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente". Ibidem, pág. 115.

(46) La reforma fundamental afectaba a la propia Comisión. Véase sobre la Tercera Conferencia Interamericana extraordinaria de Buenos Aires, Vasak, K., "La Commission interamericaine des droits de l'Homme", París 1968, págs. 96-98, pp. 44-45.
Espicelli, H., "L'organisation des Etats americains" (OEA) en "Les dimensions internationales des Droits de l'homme" UNESCO 1978, pp. 600-633, Buergenthal, Th.: "The revised OAS Charter and the Protection of human rights", en A.J.L.L., 1975, vol. 69, n° 4, pp. 826-836.

En la práctica la Comisión ha entendido que los recursos que deben ser agotados son los recursos de carácter "judicial", en este aspecto se diferencia notablemente del sistema de protección europeo, en el que no se exige el carácter judicial de los mismos sino lo que realmente es trascendente es su "eficacia", el art. 13 que requiere a las Partes a que provean recursos internos en supuestos de infracción no exigen sin embargo que se trate de instancias de carácter judicial.

Por el contrario la Comisión americana no declara la inadmisibilidad de una demanda que haya sido presentada ante una instancia no judicial interna y que se halle todavía en curso y pendiente de solución. En el art. 46 de la Convención interamericana en su párrafo 1 se estipulan las condiciones de admisibilidad y entre ellas se exige el previo agotamiento de los recursos internos.

Aunque existe la exención de esta obligación en el supuesto de que el requirente no disponga de un recurso efectivo contra la infracción de que ha sido objeto o bien debido a la imposibilidad de proceder a su ejercicio o debido a un retraso injustificado de las autoridades internas para decidir la procedencia de la instancia.

Hemos de señalar que el Tribunal en su primera decisión de 13 de Noviembre de 1981 se ha pronunciado sobre el agotamiento en el "Asunto Viviana Gallardo y otros" (47).

(47) Asunto 1967, XVIII Periodo de Sesiones, OEA/Ser. L/V/ 11.28, doc. 24, par. 26-41, pp. 8-13; Asunto 1684, pp. 14-21. Véase Gros Espiell, H., Ob. cit. pp. 613-614. Véase Saba, K., "L'Unesco et les droits de l'homme" en "Les Dimensions internationales des Droits de l'homme", pp. 473-506 y especialmente pp. 489 y ss. Véase respecto de la decisión de 13.XI.1981 n°G 101/81, véase res to particular de Rodolfo E. Pizza Escalante en C.D.E., (H./Inf. (82) 1, Teville Information Direction des Droits de l'homme, Estrasburgo 7 de octubre 1982, pp. 15-26.

En la convención concerniente a la lucha contra la discriminación en el dominio de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la Unesco, el 14 de diciembre de 1964, se configuró por el Protocolo aprobado posteriormente por la Conferencia en 1962 y que entró en vigor en 1968, la Comisión de conciliación y de buenos oficios encargada de solucionar las controversias que surjan entre los Estados-Partes.

La competencia de la Comisión tiene buena trascendencia, por su carácter obligatorio. Pero se refiere solo a las demandas interestatales. No se les concede a los particulares el acceso a la misma.

Conforme a lo establecido en el artículo 14 de su Protocolo, la Comisión está facultada para examinar los asuntos que previamente se hubiesen atendido a la regla del agotamiento en el sentido que el D.I. confiere a esta expresión (48).

(48) Saba, K.: "Institutions et procédures issues des conventions relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales" en "Les dimensions internationales des Droits de l'homme". Unesco 1978, pp. 367 y 441.
Ruiloba, E., ob. cit. pág. 131 y para consultar texto véase A.F.D.I., 1962, pp. 670-675.

A diferencia de los textos internacionales mencionados, en el ámbito de las Naciones Unidas, existe una salvedad en el supuesto de la puesta en práctica del mecanismo de garantía previsto en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, no serviría la alegación del no agotamiento para declarar la incompetencia de los órganos de control, porque no existe provisión alguna que exija el previo agotamiento con anterioridad al inicio del procedimiento (49).

Por ello, la interpretación de la Comisión europea de la regla del artículo 26 presenta características singulares. Nos referimos a este tema de forma amplia al examinar la carga de la prueba, con el que está íntimamente conectado. Podemos, sin embargo, señalar ahora ciertos aspectos especiales.

1) Por un lado, la Comisión ha entendido siempre que era tarea suya peculiar la misión de vigilar la observancia de la regla del agotamiento previo de los recursos internos. Esto significa que podrá efectuar el examen de la cuestión del agotamiento incluso "de oficio".

Conforme al primer período de la experiencia y práctica de la Comisión, ésta atribuye al recurrente el deber de aportar la carga de la prueba del previo agotamiento.

Este criterio aplicado en la fase de la admisibilidad de la demanda no impedía a la Comisión, e incluso al propio relator o ponente, que se considerasen facultados para solicitar de oficio información al respecto: tanto al recurrente como

(49) Carrillo Salcedo, J.A., ob. cit. pp. 122 y ss.

al gobierno demandado. La carga de la prueba exigida se cifra ba únicamente en la presentación de una prueba "prima facie" (50) que resultase suficiente. Y al Estado demandado le correspondría la obligación de probar la existencia de recursos que, en su opinión, no hubiesen sido debidamente agotados por el re-currente (51).

"La parte que alega la excepción debe aportar una prueba prima facie de la existencia de recursos inagotados. La oposición de la parte contraria com-
porta la carga de la prueba del agotamiento de los recursos alegados por el Estado demandado o de su ineficacia o insuficiencia" (52).

-
- (50) Trechsel, S.: "L'établissement des preuves devant la Commission européenne des Droits de l'homme" en "La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles". Bruselas, 1977, pp. 121-142, en concreto pág. 131 y Sulliger, D., ob. cit. pp. 154-157.
- (51) Vitta, E., ob. cit., pág. 577.
Wiebringhaus, H., ob. cit., pp. 686-688.
Morrison, C., ob. cit. pp. 78 y ss, y 85 y ss.
Amerasinghe C.F.: "The rule of Exhaustion of Domestic Remedies in the Framework of International Systems for the Protection of Human Rights" en ZaöRv, 1968, pág. 296.
Castberg, E., ob. cit. pág. 49. En cuanto a la práctica véanse Asuntos n° 99/55 en Annuaire..., I, pág. 161. Asunto n° 1727/62 en Annuaire..., VI, pág. 397. Asunto n° 6482/74 en Décisions et Rapports, pp. 75-76. Asunto n° 5574/72 en Décisions et Rapports, 3, pp. 10 y ss. Y por último asunto n° 4623/70, en Annuaire..., XV, pág. 375.
- (52) Respecto a los Asuntos n° 222/56 y 252/57 véase Wiebringhaus, H., ob. cit. pág. 689 y Publ. Cour. Eur. D.H., arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 Novembre 1971, Série A, n° 13, pág. 33.

A partir de la revisión del Reglamento interno de la Comisión, ofrece una eventualidad distinta y muy flexible. La revisión resultó innovadora porque, desde entonces, el recurrente no necesita probar la efectividad del agotamiento.

Es relevado de esta carga, desde el momento en que es cuestión examinada incluso, como veíamos "ex officio", por la Comisión. Nos detenemos más en el sentido de la cuestión al examinar la carga de la prueba. Podemos anticipar que el resultado de la innovación es de gran alcance práctico y por ello puede decirse que la regla incide más profundamente en el sistema del Convenio que en el derecho internacional general (53).

2) La segunda peculiaridad viene determinada por la eventual renuncia del Estado demandado al alegar la excepción del previo agotamiento de los recursos internos. En este caso la Comisión no entraría a examinar, conforme a su práctica habitual, la cuestión del agotamiento.

La admisión de la renuncia del Estado, a invocar la regla del artículo 26, presupone que esta disposición no se incluye entre las normas generales consideradas de "ius cogens", que tiene solo carácter dispositivo y que puede "ser descartada por la voluntad expresa o tácita de las partes" (54).

(53) Sulliger, D., señala que esta facultad de la Comisión distingue claramente la regla del derecho consuetudinario, ob. cit. pág. 156. Véase asimismo, Trechsel, S., ob. cit., pág. 124 y Mikkelsen, L., ob. cit. pág. 109.

(54) "La règle ne s'applique pas... au cas où son application a été écartée par l'accord des Etats intéressés".

En realidad, conforme a la práctica de los Estados, la invocación de la regla del previo agotamiento de los recursos internos no tenía, tampoco, carácter imperativo para el Estado demandado. Era una exigencia usual, para el Estado demandante, cuya aplicación resultaba facultativa para el Estado demandado.

El tema merece ulterior desarrollo al tratar la carga de la prueba. Indicaremos ahora que la Comisión entiende, a su vez, que los Estados Contratantes son los competentes para apreciar la conveniencia o no de la utilización de esta facultad que le confiere el artículo 26, cuyo objetivo primordial es precisamente, la defensa del orden jurídico interno del Estado demandado. Por ello, cuando el Estado interesado, sin interponer tal excepción preliminar, solicita que la Comisión se pronuncie en cuanto a la admisibilidad de una demanda se entiende que renuncia manifiestamente al beneficio de la facultad y de la protección mencionadas. En tal situación los principios de derecho internacional generalmente reconocidos en la materia dispensan a la Comisión de pronunciarse sobre el agotamiento de los recursos internos (55).

.../...

Resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Granada, en 1950, en *Annuaire de l'Institut de D.I.*, 1956, pág. 358. Véase Asunto Ringeisen en *Publ. Cour. Eur. D.H. Série A*, n° 3, párrfs. 85-93.

(55) Decisión de la comisión sobre admisibilidad en el Asunto 1994/63 en *Annuaire...*, VII, pp. 253 y ss.

3) Naturalmente la actuación de la Comisión queda supe-
ditada de tal forma al previo agotamiento que este "supone un
juicio preliminar destinado a examinar los presupuestos proce-
sales subjetivos u objetivos" (56). Esta regla constituye un
límite a la admisibilidad de las demandas, tanto individuales
como interestatales. Un límite, "in limine-litis".

No ha sido ese, inicialmente, el pensamiento de la Comi-
sión, que creía gozar de competencia "exclusiva" en relación
con la cuestión del examen de la excepción del previo agotamien-
to (57).

(56) "Lorsqu'il y a doute, lorsque le Gouvernement défendeur
s'abstient sans fournir d'explication de se prononcer
sur l'épuisement alors qu'il y a été invité et même lors-
qu'il déclare n'élever aucune objection contre la rece-
vabilité de la requête, la Commission examine proprio
motu si le préalable de l'épuisement est réalisé." Véase
Sulliger D., ob. cit., pp. 156-157.
Esta interpretación ha sido criticada en el sentido de
que la Comisión admite de forma restrictiva el hecho de
que un Estado renuncie a valerse de la regla.

(57) En la Demanda n° 1474/62: Presentada por "23 Habitantes
de Alseberg y De Beersel contra Bélgica". La Comisión
en su decisión parcial de 26 de Julio de 1963 señaló:
"Qu'à l'audience contradictoire du 25 Juillet 1963, les
représentants du Gouvernement belge ont d'ailleurs dé-
claré ne pas insister sur l'exception de tardivité
qu'ils avaient soulevée au cours de la procédure écrite",
(habían invocado la inadmisibilidad de la demanda en ba-
se a los arts. 26 y 27 (3), por tratar la demanda de im-
pugnar, la ley de 24 de Julio 1961, publicada el 1 de
Agosto, es decir transcurrido más de 6 meses, a partir
de la presentación de la demanda. Véase en Annuaire...,
VI, pp. 333 y aquí pág. 345 y en la demanda n° 1769/62.
"X y otros c. Bélgica", en su decisión de 26 de Julio
de 1963, comprueba en la vista contradictoria que el go-
bierno sostendría idéntico argumento al expuesto en el
asunto n° 1474/62 y no insistieron en la excepción de

5. Renuncia del Estado a la regla general y primacía de la competencia de la Comisión europea.

La renuncia expresa del Estado a invocar el artículo 26 impide a la Comisión poder investigar "ex officio" la cuestión del agotamiento?

Habría, ante todo, que tener presente el cómo y cuando el Estado efectúa la renuncia. La práctica de la Comisión registra el hecho de que el Estado haya sido o no invitado expresamente a presentar sus observaciones en torno al agotamiento. Y, en caso positivo, que el Estado manifieste, claramente, que renuncia a hacer uso de su derecho.

En este sentido, se debe recordar lo que la Comisión estableció en el Asunto n° 4448/70:

"Según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos en esta materia la Comisión no estará obligada a pronunciarse sobre la cues-

.../...

presentación fuera de plazo presentada en el procedimiento escrito.

La Comisión interpretó la excepción del plazo, considerándola inaplicable, invocó el asunto n° 214/56 "De Becker" en *Annuaire...*, VI, pp. 445 a 459, aquí 459. Véase asimismo *Annuaire...*, VII, pp. 243-247. La renuncia en cualquier caso deberá ser "clara". Asunto n° 3438/67 en *Annuaire...*, XI, pág. 589. Y en el asunto n° 2208/64 en *Annuaire...*, IX, pág. 407.

ción de los recursos internos" (58).

Ahora bien, el hecho de que la Comisión sea relevada de su deber de examinar la cuestión del agotamiento no implica merma ni límite alguno del derecho que tiene a investigar la cuestión.

-
- (58) En su decisión de 5 de Marzo de 1964 la Comisión, señala que a pesar de que tiene competencia para examinar de oficio la cuestión del agotamiento no puede entender que deba efectuarlo cuando medie una renuncia: "... Lorsque l'Etat défendeur, invité comme en l'occurrence à exprimer son opinion sur la recevabilité d'une requête (article 44 ou article 45 paragraphes 2 et 3 (b) du Règlement Intérieur), renonce manifestement au bénéfice de la faculté et de la protection susmentionnés". Anteriormente había señalado el objetivo de la regla que en su opinión no era otro que "protéger leur ordre juridique interne", continuando la Comisión; "qu'en pareil cas, les "principes de droit international généralement reconnus" en la matière dispensent la Commission de se prononcer sur l'épuisement des voies de recours internes". La Comisión declara que no procede investigar si los recurrentes debían haber o no recurrido ante el Consejo de Estado belga comp. mutatis mutandis. La Resolución del I.D.I. y cita el asunto 808/60 y Asunto 1994/63 en Annuaire..., VII, pp. 253-261 aquí pág. 261. en Annuaire..., V, pp. 121-222. En el Asunto "Isop contra Austria", en el que la Comisión decidió que ante la ausencia de un recurso eficaz en el orden jurídico austriaco, debido a que la posible invocación del art. 6, ante los tribunales internos no podía reputarse suficiente y en consecuencia Isop no necesitaba agotar los recursos internos. Véase Annuaire..., V, pág. 123 y agrega que el gobierno austriaco "en l'espece il n'entendait pas invoquer l'article 26 de la Convention". Véase Annuaire..., cit., pág. 121. En el denominado Segundo Asunto Griego, véase el informe de la Comisión, en Annuaire..., XIII, pp. 108 y ss y 120 y ss. Véase asimismo Asunto n° 1994/63, en Annuaire..., VII, pp. 252 y 260.

En el procedimiento que se desarrolla ante la Comisión, ésta puede decidir "ex officio" el examen sobre el agotamiento, si el Estado hace alguna referencia a la existencia de ciertos recursos internos. Naturalmente, la Comisión, con su examen, "ex officio", resuelve la cuestión de si el Estado ha tenido o no la intención de presentar una objeción formal del no agotamiento (59).

Por otro lado, también, la Comisión suele proceder a examinar "ex officio" la cuestión del agotamiento si la reclamación individual no es comunicada al Gobierno requerido, con el fin de que este último presente sus observaciones (60).

(59) De la práctica de la Comisión parece deducirse que aunque medie una renuncia por parte del Estado a prevalecerse de la regla del art. 26, la Comisión se cerciora de si media o no una renuncia "clara". En el supuesto de que el gobierno no elevara ninguna objeción a la admisibilidad de la demanda, la Comisión debería abstenerse de analizar la cuestión, puesto que el Estado renuncia de forma implícita al no elevar ninguna objeción, ya que de hecho renuncia al beneficio que le confiere la regla del art. 26, es decir la protección de su orden jurídico interno. En este sentido se pronuncia en el asunto 1994/63 en *Annuaire...* VII, pág. 253 y ss. En este supuesto, no se concibe porque debe actuar la Comisión de oficio para analizar la cuestión del agotamiento. Asunto n° 3435/67 "X y otros c. Gran Bretaña", en *Recueil des Décisions*, 28, pág. 109. Véase Castberg, F., ob. cit. pág. 49 y Sulliger D., ob. cit. pág. 157.

(60) Asunto n° 4448/70 "Dinamarca, Noruega y Suecia c. Grecia". Decisión de Mayo de 1970, en *Recueil des Décisions*, 34, pág. 64.

La renuncia expresa del Estado requerido puede, por consiguiente, relevar a la Comisión de su obligación de examinar "ex officio" la cuestión del agotamiento previo.

Este criterio es confirmado, asimismo, por la decisión de 1964. "Los principios de derecho internacional generalmente reconocidos en la materia" dispensan a la Comisión de pronunciarse sobre el agotamiento de los recursos internos cuando el Estado requerido, invitado como en el presente caso a manifestar su opinión sobre la admisibilidad de una demanda, (61) renuncia manifiestamente al beneficio de tal facultad y de la protección mencionada (protección de su orden jurídico interno) (62).

Previamente, la Comisión, en el Asunto 1727/62 había manifestado que se vería eximida del examen de oficio en relación con el agotamiento, aunque no había mediado expresa renuncia por parte del gobierno. Examinado el asunto, la Comisión indicó que se vería relevada de su obligación de examinar la cuestión del agotamiento si el gobierno belga hubiese renunciado claramente al beneficio de este artículo 26.

En el asunto 4115/69, supuesto en que el gobierno había renunciado de forma expresa a valerse de la regla, la Comisión

(61) Artículos 44, 45, párrafos 2 y 3, apartado (b) del Reglamento interno de la Comisión, en *Recueil des textes*, pág. 311.

(62) Asunto nº 1994/63 "57 habitantes de Lovaina c. Bélgica" en *Recueil des Décisions*, 13, pág. 104.

decidió que no podía declararse la inadmisibilidad de la demanda invocando el artículo 26 (63).

Doctrinalmente, la cuestión ha suscitado una cierta divergencia de pareceres. En efecto, el hecho de la renuncia del Estado ha sido interpretado como causa determinante del comportamiento de la Comisión. Danelius afirma: "the Commission has taken the position that it should not reject an application for non exhaustion of domestic remedies if the government has expressly indicated that it does not wish to invoke this ground of inadmissibility".

Mikaelson entiende que Danelius utiliza erróneamente el término de competencia respecto de la decisión que adopte la Comisión y afirma que la interpretación de la Comisión debe ser entendida en el siguiente sentido:

"Although the Commission, as long as the application has not been referred to the respondent government, is competent to and obliged to - establish ex officio whether the rule has been strictly observed, the same does not apply when the respondent State manifestly declined to plead that domestic remedies have not been exhausted" (64).

(63) Asunto "Knecht1 c. Gran Bretaña", en Recueil des décisions, 36, pág. 43.

Mikaelson, l., ob. cit. p. 110 y Danelius II., ob. cit. pp. 287 y ss. En cuanto a la práctica de la Comisión véase asunto "Boeckmans c. Bélgica" n° 1727/62 en Recueil des décisions, 12, pág. 29 y Asunto "Knecht1 c. Gran Bretaña" en Annuaire XIII, pág. 730.
Asuntos n° 4448/70 en Annuaire..., XIII, pp. 131-133.
Y Asunto n° 5207/71 en Annuaire..., XIV, pp. 709-711.

En base a su razonamiento concluye que se deduce por tanto la conclusión de que la renuncia del Estado no precluye a la Comisión para investigar ex officio la cuestión, interpretación que es sin duda más acorde con la práctica de la Comisión que ha adoptado la postura de que no debe rechazar la reclamación por no agotamiento de los recursos internos si el gobierno no ha indicado expresamente que no desea invocar esta causa de inadmisibilidad (65).

Esta conclusión ha sido criticada y considerada como excesivamente amplia (66). Por un lado, es cierto que la Comisión consideró, en el caso de la renuncia expresa, hallarse libre y quedar eximida de su obligación de pronunciarse sobre el agotamiento. Ahora bien, por otro lado no es menos justo reconocer el hecho de que la Comisión no solo tiene la competencia, sino, más aún, se encuentra en el deber de determinar "ex officio" si se ha producido o no el agotamiento (67).

.../...

En contra de la opinión de Danelius, H., se manifiesta Mikaelson L., el primero considera que la renuncia precluye a la Comisión para efectuar el examen de la admisibilidad. Ob. cit. pp. 110-111.

(65) Aunque no queda la revocación de la renuncia véase Sulliger, D., ob. cit., pp. 156-157.

(66) Mikaelson, L., ob. cit., pp. 110-111.

(67) Sulliger, D., ob. cit., pág. 156. En contra del examen "ex officio" de la Comisión. Amerasinghe C.F. "The Rule of Exhaustion of Domestic Remedies in the Framework of International Systems for the Protection of Human Rights en ZaöRv, 1968, pág. 296. Entre otros Castberg, F., ob. cit., pág. 49.

No se ha de olvidar que el deber de la Comisión consiste, precisamente, en tutelar y velar por el cumplimiento de la regla del artículo 26. Pero esto, no implica que el principio se aplique mecánicamente a sensu contrario, cuando el Estado demandado renuncie manifiestamente a prevaleerse de la regla del agotamiento. Esta es la interpretación que nos parece más coherente con la propia praxis de la Comisión.

En este sentido, en el asunto 5207/71 la Comisión examinó "ex officio" la cuestión del agotamiento de los recursos internos por parte del recurrente a pesar de que el gobierno interesado no hiciera ninguna referencia a la cuestión del agotamiento, a fin de impugnar la admisibilidad de la demanda (68).

Por consiguiente, compartimos el criterio de que una clara renuncia por parte del Estado solo releva a la Comisión del deber, pero no precluye su derecho a investigar "ex officio" la cuestión del agotamiento.

La aplicación de la máxima del agotamiento previo de los recursos (art. 26), ha llevado a la Comisión a tener que relacionar dicha regla con los principios generales del Derecho. Y no solo por la razón de que el artículo 26 del Convenio se refiere, de modo explícito, a los "principios generalmente reconocidos del Derecho internacional", conforme a los cuales ha de ser entendida la regla en cuestión.

(68) Asunto "Raup c. la República Federal de Alemania". Decisión de Diciembre de 1971. Véase *Annuaire...*, XIV, pág. 698 y *Recueil des Décisions*, 39, pág. 99 y decisión de Junio de 1972 en *Recueil des décisions* 42, pág. 85.

Han sido más bien los Estados los que impulsaron, en tal sentido, a la Comisión, y esta motivación estatal es, de todo punto, bien lógica, pues es indudable que los Estados que ratificaron el Convenio, se comprometieron a renunciar a una parte considerable de su soberanía jurisdiccional en favor de determinados órganos internacionales, y es natural que al hacerlo pretendieran saber hasta donde llegaba exactamente esta limitación de soberanía. Con arreglo a la declaración de un Agente gubernamental ante el Tribunal:

"Il allait aussi loin qu'à la connaissance de leurs conseillers juridiques cela correspondait aux règles généralement admises du droit international, mais pas aussi loin que le voudrait aujourd'hui l'interprétation extensive adoptée par un organe de la Convention" (69).

Naturalmente la Comisión había de interpretar, la regla conforme a los principios del Derecho internacional general. Aun siendo lógico y natural que la Comisión había de atenerse en la práctica a los principios generales del Derecho sobre la materia, se vio motivada a tener que reiterarlo de manera expresa: los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos serán los que determinen si se cumple en cada caso en concreto la exigencia del agotamiento. Así lo reconoció, explícitamente, la Comisión en el asunto de Becker (70).

(69) Tesis sostenida por el agente del gobierno austriaco en el asunto "Ringelsen", véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 11, pág. 257.

(70) Asunto n° 214/56, decisión de 9 de Junio de 1958, en Annuaire..., II, pág. 237.

Y, de acuerdo con los principios mencionados la Comisión determina en su práctica cuestiones tales como:

- a) Las referentes a que clase de recursos se habrá de apelar y deben ser agotados. Se ha establecido al respecto un principio general específico en la práctica de la Comisión (71).

(71) Los recurrentes tienen la obligación de apelar hasta el nivel más alto de jurisdicción.
 Véase Asunto n° 6173/73 c. Bélgica, en Recueil de décisions, 46, pág. 180.
 En igual sentido, asuntos n° 263/57, en Annuaire..., I, pp. 146-147.
 N° 617/59, Asunto "Hopfinger c. Austria" en Annuaire..., III, pág. 370.
 N° 1103/61 "X c. Bélgica", en Annuaire..., V, pág. 168.
 N° 1816/63, en Annuaire..., VII, pág. 204.
 N° 2002/63, "X c. Noruega", en Annuaire..., VII, pág. 262.
 Asunto n° 2547/65, "X c. Austria". Decisión de Febrero de 1966, en Annuaire..., IX, pág. 458.
 En cuanto a la exigencia de apelar hasta el Tribunal Constitucional véase Asuntos n° 4002/69, "X c. Austria", en Annuaire..., XIV, pp. 178 y ss y en Recueil des décisions, 37, pág. 21. Asunto n° 6830/74, "X c. República Federal de Alemania" en Décisions et Rapports, 9, pp. 23 y ss. Asunto n° 6729/74, "X c. República Federal de Alemania" en Décisions et Rapports, I, pág. 93.

- b) Las referentes a la imputabilidad de la carga de la prueba. Singularmente en el supuesto de la alegación del no agotamiento de recursos existentes por parte del Estado demandado (72).

De todo ello se deduce que la regla del agotamiento opera, en cierto modo, de elemento de conexión entre el Derecho Internacional general y el Derecho Internacional de los derechos del hombre.

Se da por bien sentado que la función que cumple la regla en el Derecho Internacional general, (73) es la misma y reviste análoga naturaleza en el contexto del Convenio cuando se trata de demandas interestatales. Esto es, se trata de obtener el máximo respeto de los respectivos ordenamientos de los Estados y evitar controversias inútiles o prematuras (74).

6. Los principios internacionales y los actos legislativos, judiciales y administrativos en relación con las demandas individuales y las interestatales.

La interpretación teórica y doctrinal de los recursos que, en principio, han de ser objeto del agotamiento se traduce

(72) Amerasinghe, C.F., ob. cit. pág. 297.
Vasak, K., ob. cit. pág. 379.

(73) Antonopoulos N., ob. cit. pp. 71-72.

(74) Vitta, E., ob. cit., pág. 579.

en la práctica judicial internacional por la determinación concreta de las instancias ante las que tiene la obligación de recurrir el reclamante. Conforme a las ideas jurídicas del internacionalista español, Profesor Díez de Velasco, la solución nos "viene taxativamente dada por la aplicación de los principios generales del Derecho Internacional" (75).

Por su parte, el Profesor Rolin, en su curso en la Academia de La Haya, expuso que la regla del agotamiento previo de los recursos internos se había concebido tradicionalmente en Derecho Internacional con el fin de impedir que las demandas fuesen presentadas prematuramente ante las jurisdicciones internacionales. Textualmente declaró:

"Preferimos ver en el recurso interno, allí donde exista una auténtica jurisdicción de primera instancia investida por el derecho de gentes de la función de asegurar el respeto (la protección de los derechos individuales)..., presentando estas vías de recurso internas la doble ventaja de estar abiertas a las personas lesionadas sin distinción de nacionalidad y de poder ser utilizadas con la sola iniciativa del interesado sin control o concurso de una autoridad estatal" (76).

La Comisión europea ha expresado el principio general en los siguientes términos:

-
- (75) Díez de Velasco, M.: "Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por el Convenio europeo de Derechos del Hombre" en "Homenaje a N. Pérez Serrano". Madrid 1959, pp. 585-663, aquí pp. 605-606.
- (76) "Les principes du Droit international public" en RCADI, 1950, II, pp. 309-476.

"El conjunto del sistema de protección legal establecido por el ordenamiento jurídico interno, deberá ser agotado antes de recurrir al Tribunal".

Naturalmente, la Comisión se ha referido con frecuencia al artículo 26 del Convenio sobre el agotamiento, que ha de ser "entendido con arreglo a los principios generalmente reconocidos del derecho internacional". Interpretándolo de esta forma es como la Comisión cree que se debe determinar si las vías de recurso internas han sido o no válidamente agotadas (77).

Se admite, en general, claro está, que las cuestiones polémicas se suscitan en la realidad judicial cuando la Comisión tiene que descender del terreno de los principios generales al de las resoluciones obligatorias concretas. En este sentido se ha establecido que la no utilización de un recurso "esencial", para establecer el buen fundamento de la causa ante los Tribunales del Estado demandado, comporta la inadmisibilidad de la reclamación internacional (asunto Interestatal Austria contra Italia, apoyándose en la sentencia arbitral del 6 de Marzo de 1956 en el asunto Ambatielos) (78).

La Comisión entiende, sobre la carga de la prueba, que con arreglo a los principios del Derecho Internacional, incum-

(77) Asunto n° 788/60 en *Annuaire...*, vol. IV, pp. 117, 149 y ss. y especialmente pág. 183.

(78) Asunto de "Austria c. Italia", n° 788/60 en *Annuaire...*, IV, pp. 116 y ss. Ruiloba, E., ob. cit., pp. 80 y ss.

be al Gobierno interesado la presentación de la excepción del no agotamiento de las vías de recurso internas. (Asunto Alam Kahn c. Gran Bretaña y Asunto Grecia c. Reino Unido). Se estima que es, a su vez, deber del Estado el demostrar la existencia, en el ordenamiento jurídico interno, de un recurso concreto que no haya sido utilizado por el recurrente (79).

Las reglas relativas al agotamiento, tal y como son entendidas en la actualidad, exigen, en principio, que se ejerzan todos los recursos que ofrezca la legislación nacional, en cuanto sean susceptibles de ofrecer un medio eficaz y suficiente para reparar los daños respecto de los cuales el Estado demandado, es considerado responsable en el ámbito internacional.

En base a los principios generales se exime por tanto, de la aplicación el agotamiento cuando los recursos están caracterizados por la ineficacia o la insuficiencia. Estos criterios son básicos y constantes, si bien suscitan ambigüedades en su aplicación, sin embargo, no se aplica el agotamiento conforme a los citados principios en las reclamaciones 3321/67, 3323/67, 3323/67 y 3344/67, presentadas contra Grecia. La Comisión, en su decisión de Enero de 1968, se pronunció en este sentido invocando la postura mantenida en el asunto de Chipre.

El uso normal de los recursos "efectivos y adecuados" comprenden "la totalidad del sistema de protección jurídica establecido por el sistema de Derecho interno" (Asunto Interest-

(79) Asunto n° 2991/66 en Recueil des décisions, 24, pp. 116 y ss.
Asunto n° 299/57 en Annuaire..., II, pp. 186 y ss.

tal Austria contra Italia (80).

En la hipótesis de que el Estado demandado renuncie al beneficio que le confiere la facultad de exigir el previo agotamiento, la Comisión ha invocado la Resolución elaborada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Granada de 1956 (81).

Y la propia Comisión, en el Asunto Isop contra Austria, hizo referencia "*mutatis mutandi*", a la citada Resolución para afirmar que es innecesaria la acción o se queda eximido de la obligación para pronunciarse sobre el previo agotamiento.

Los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos posibilitan, a su vez, la no aplicación "en el supuesto en que su cumplimiento sea descartado mediante el acuerdo preciso entre los Estados interesados" (82).

La Comisión se ha visto, igualmente, obligada a delimitar la noción y alcance de "Resolución interna final" y tuvo que precisar, asimismo, el concepto de "período de 6 meses" a que se refiere el artículo 26 del Convenio. Tuvo que apelar, de nuevo, a los principios generales de Derecho internacional.

-
- (80) Las demandas presentadas por "Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia". Véase Decisión de Enero de 1968, en *Recueil des décisions*, 25, pág. 92. Véase Mikaelson, L., ob. cit. pág. 123.
- (81) *Institut de Droit International*, 1956, *Annuaire...*, vol. 46, pág. 358.
- (82) Asunto n° 808/60 en *Annuaire...*, V, pp. 108 y ss.

Entendido que el artículo 26 se refiere a la decisión interna definitiva (en el sentido que establecen los citados principios, de modo que el plazo de 6 meses solo puede operar en este contexto), añadió que su interpretación se veía confirmada por los trabajos preparatorios del Convenio, especialmente por el Informe elaborado en 1950 por la Conferencia de Altos Funcionarios.

En el primer período de la interpretación teórico-práctica del artículo 26, la Comisión hubo de atenerse a los principios de Derecho internacional tal y como habían sido aplicados por la jurisprudencia y práctica arbitral.

Ahora bien, es notorio que la Comisión no realiza de forma automática dicha remisión. El período inicial se vió pronto seguido de una interpretación más libre y amplia por la propia Comisión. Según se va desarrollando la propia jurisprudencia de la Comisión se ha hecho cada vez más innecesaria la aplicación estricta de la antigua concepción arbitral. No es que ésta hubiese pasado a desempeñar un papel secundario, como ha sostenido algún comentarista del artículo 26 del Convenio. Es más bien que la propia Comisión desarrolló una obra innovadora que contribuyó de forma sobresaliente al desarrollo de la doctrina del agotamiento (83).

(83) Véase la opinión manifestada por el delegado británico en la citada Conferencia, que tuvo lugar en Estrasburgo del 30 de Marzo del 17 de Junio de 1950, en *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. III, pp. 544 y ss. Véase asimismo, *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. V, pág. 182. Véase Asunto n° 214/56, "De Becker c. Bélgica", decisión de 9 de Junio de 1958 en *Annuaire...*, II, pág. 237.

La aplicación de la regla del agotamiento del artículo 26 a los supuestos de demandas, individuales o estatales, que se puedan presentar ante la Comisión merece consideración especial cuando se trata de denunciar una "práctica administrativa" o impugnar "medidas legislativas". No solo no existe acuerdo doctrinal sobre la materia, sino que la misma praxis y criterios de la Comisión no ofrecen un carácter uniforme. La interpretación técnico-jurídica de esta cuestión requiere un breve análisis de las posiciones contradictorias.

- 1) La actitud más radical, mantenida por una gran parte de la doctrina y por la propia Comisión: la tesis según la cual no se aplica en dichos casos la regla del agotamiento (84).
- 2) La actitud condicionada que preconiza la aplicación de la regla, reconociendo el papel secundario que desempeña el agotamiento en este tipo de demandas (85).

.../...

Asunto n° 235/56 en *Annuaire...*, II, pág. 305.
 Asunto n° 343/57 "Nielsen", decisión de 2 de Septiembre de 1959 en *Annuaire...*, II, p. 443.
 Asunto n° 712/60, "Retimag c. República Federal de Alemania". Decisión de 16 de Diciembre de 1961, en *Annuaire...*, IV, pág. 385. Asunto n° 1994/63, decisión de 5 de Marzo de 1964, en *Recueil des décisions* n° 13, pág. 109.

- (84) La tesis de la Comisión fue compartida por el Tribunal en el Asunto "Irlanda c. Gran Bretaña" en *Publ. Cour. Eur. D.H. Série A*, n° 25, 1978, paraf. 159 in fine.
- (85) Mikaelson, L., ob. cit. pág. 107.

La doctrina sostiene, en general, una actitud contraria a la aplicación de la regla del agotamiento, en los supuestos de reclamaciones que impugnen una "práctica administrativa" o la compatibilidad de determinadas "medidas legislativas" con el Convenio.

En efecto, ciertos autores parten de la idea básica de la aplicación genérica de la regla del agotamiento, considerándola invocable "prima facie" para todos los procedimientos que se lleven a cabo ante la Comisión, que impugnen "medidas generales". Esta concepción radicalmente limitativa coincide, en principio, con la estimación, igualmente, negativa, sobre la eventual aplicación de la regla en la hipótesis de "reclamaciones interestatales" (86).

En la primera fase de su acción resolutoria, la Comisión se inclinó, también, por la concepción limitativa. En este sentido, se debe recordar el primer Asunto de Chipre, en 1956. Basándose en los principios de Derecho internacional, tuvo que pronunciarse sobre el concepto de recursos internos, y la Comisión entendió, entonces, que la noción de recursos no comprendía "las medidas legislativas" y las "prácticas administrativas". En igual sentido se manifestó en el primer asunto relativo a Grecia, en 1967. La Comisión no exigió el previo agotamiento

(86) Véase Amerasinghe, C.F., ob. cit. pág. 297.
 Wiebringhaus, H., ob. cit. pág. 699.
 Mikaelson, L., ob. cit. pág. 107.
 En cuanto a la no aplicabilidad respecto de las demandas interestatales, véase Segundo Asunto Griego "Dinamarca, Noruega y Suecia c. Gran Bretaña" n° 4448/70, en *Annuaire...*, XIII, pp. 108 y ss.

to de los recursos internos (87).

Las indicadas afirmaciones doctrinales y la primitiva interpretación de la Comisión en los asuntos interestatales mencionados resultan, a primera vista, excesivamente "categóricas". Esta actitud radical no parece conformarse con la interpretación más reciente elaborada por la propia Comisión, si consideramos los Asuntos Donelly y el Asunto Interestatal Irlanda contra Gran Bretaña (88).

-
- (87) Asunto n° 176/56 "Grecia c. Gran Bretaña", en *Annuaire...*, I, pág. 182-184.
 Asuntos n° 3321/67 "Dinamarca c. Grecia" y las demandas n° 3322/67, 3323/67 y 3344/67, presentadas contra el citado Estado por Noruega, Suecia y Países Bajos. Decisión de Enero de 1968, en *Recueil des décisions*, 25, pág. 92 y ss. y *Annuaire...*, XI, pp. 690 y ss.
 Decisión de Mayo de 1968 en *Recueil des Décisions*, 26, pp. 80 y ss.
 Y *Annuaire...*, XI, pp. 730 y ss.

- (88) Véase Asuntos n° 5577 y 5583/72 c. Gran Bretaña" en *Décisions et Rapports*, 4, pp. 4 y ss.
 En el asunto interestatal, el Tribunal afirmó "... in principle the rule does not apply where the applicant State complains of a practice as such, with the aim of preventing the continuation or recurrence of the practice, but does not ask the Court or the Commission to give a decision on each of the cases put forward as proof or illustration of that practice". Véase *Publ. Cour. Eur. D.H. Série A.*, n° 25, 1978, párf. 159 in fine.

No se adecúa, además, la interpretación primitiva de la Comisión con su concepción genérica y habitual sobre la regla del agotamiento previo de los recursos internos. Esto se pone de manifiesto cuando la Comisión tiene que examinar la regla como íntimamente conectada con la cuestión de la eficacia o ineficacia de los recursos internos accesibles. Precisamente en este tema es claro el pensamiento de la Comisión, al estimar como posible circunstancia eximente de la carga del previo agotamiento a ciertos recursos internos, que no responden a la idea de la eficacia. En este sentido, la Comisión se remite habitualmente en su práctica a los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos. Y es bien notorio que estos principios generales no ofrecen fundamento seguro a la concepción categórica señalada (89).

Nos parece correcto pensar que la Comisión no puede declinar el examen de la determinación de la eficacia o ineficacia de los recursos accesibles y disponibles para el recurrente, razonando tan solo, pura y simplemente, que la reclamación concierne a una "práctica administrativa".

Es la propia Comisión la que en sus interpretaciones más recientes analiza y examina, con cuidado, los conceptos de

(89) Asuntos n° 3321/67, 3322/67, 3323/67 y 3344/67 contra Grecia. Véase Recueil des Décisions, 26, pp. 80 y ss. Asunto "Austria c. Italia", en n° 788/60, en Annuaire..., VII, pág. 127. Asunto n° 493/59, en Annuaire..., IV, pág. 384. Asunto n° 4897/71 "Gussenbauer c. Austria" en Recueil des Décisions, 42, pág. 41. Y los Asuntos n° 5219/71 y 4897/71 combinados en Recueil des Décisions, 42, pp. 94-96.

"medidas legislativas" o "prácticas administrativas". Pueden acaso desempeñar un papel "subordinado" y ponerse, por ello, en duda si cabe afirmar que juegan un papel determinante cuando se trata de demandas individuales y se contempla la cuestión del agotamiento previo de los recursos internos como requisito condicionante de admisibilidad de las citadas demandas.

Lo realmente importante en tales supuestos es la necesaria intervención de la Comisión para cerciorarse de la eficacia o ineficacia de los recursos internos existentes. Esta es la línea de pensamiento que manifiesta la Comisión en los Asuntos Donnelly e Irlanda contra Gran Bretaña, y esta orientación habitual ha sido encomiada por un buen sector de la Doctrina.

No se ha de admitir, de modo genérico, que pueda rechazarse la aplicabilidad de la regla del agotamiento a las demandas individuales que planteen la compatibilidad de determinadas medidas legislativas con el Convenio. Es, en cambio, preciso distinguir, en la aplicabilidad de la regla del agotamiento, el caso de las demandas individuales de las demandas interestatales. En estas últimas, la regla citada desempeña un papel diferente (90).

En las demandas individuales procede tener en cuenta los siguientes razonamientos:

(90) Castberg, F., ob. cit. pág. 46.
Jacobs, F.G.: "The European Convention on Human Rights". Oxford, 1975, pág. 237. Danelius, H.: "Den europeiska Konventionen om de mänskliga rättigheterna i praktisk tillämpning (Sou 1974, 88: Medborgerliga fri-och rättigheter. Europakonventionen och europeiska sociala ställningar, pág. 287. Citado por Mikaelson, L., ob. cit. pág. 123.

- 1) En el supuesto de las demandas individuales que impugnen una determinada "práctica administrativa", aparece en primer término, la idea del daño, de su existencia, para que pueda hablarse de víctima de la violación del Convenio.

- La Comisión ha exigido siempre que los recurrentes conforme al artículo 25, tenían que considerarse y acreditarse víctimas de la decisión o de la práctica administrativa que impugnan. Esta condición básica había de influir y diferenciar lógicamente la interpretación de la Comisión, según se trate de demandas individuales o interestatales. En efecto, la Comisión examinó, de modo especial, la cuestión en relación con las demandas interestatales. En esta hipótesis, los Estados podrán denunciar el comportamiento y una determinada práctica administrativa "en general". No es necesario que en la reclamación medie la noción de "víctimas" concretas. De hecho, pueden darse la concurrencia de víctimas concretas en la demanda interestatal. Pero, en este caso, variará la aplicabilidad de la regla, según luego expondremos (91).

En las demandas individuales, la Comisión ha venido exigiendo, además, que los recurrentes que se estimen "víctimas"

(91) En cuanto a las demandas individuales, véanse Asuntos n° 1661/62, "X y Y contra Bélgica" en Recueil des Décisions, 10, pág. 16.
Asunto n° 3789/68, "X c. Bélgica" en Recueil des Décisions, 33, pág. 1.
Asunto n° 5095/71, "Kjeldsen c. Dinamarca" en Annuaire..., XV, pp. 482 y ss.
En cuanto a las demandas interestatales.

prueben la existencia efectiva de la práctica administrativa causante del daño. Habida cuenta de que esta prueba presenta dificultades fácticas innegables, la Comisión ha suavizado el rigor de la norma y atenuado la onerosa carga del recurrente, limitando la exigencia a la presentación de medios de prueba que manifiesten "prima facie" la efectividad de la práctica impugnada (92).

De esta forma la Comisión ha llegado a una solución equilibrada. Por un lado suaviza la interpretación estricta y rigurosa de conformidad con los principios generales de Derecho internacional. Y por otra parte, establece y salvaguarda la norma genérica: "es necesario presentar medios de prueba "substanciales" siendo insuficiente la mera alegación". Este criterio ponderado se reitera en diversos asuntos (93).

.../...

Asuntos n° 3321/67 y otros c. Grecia en Recueil des Décisions 25, pp. 92 y ss.
 Asunto "Irlanda c. Gran Bretaña", véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 25, 1978, párf. 159 in fine.

(92) Asunto "Donnelly y otros contra Gran Bretaña" en Décisions et Rapports, 4, pp. 4 y ss.

(93) Asuntos n° 176/56 "Grecia c. Gran Bretaña", en Annuaire..., II, pp. 182 y ss.
 Asuntos n° 3321/67 y otros contra Grecia en Annuaire..., XI, pp. 690 y ss.
 Asunto n° 4448/70 "Segundo Asunto c. Grecia", en Recueil des décisions, 34, pág. 64.
 Asunto n° 5310/71 "Irlanda c. Gran Bretaña" en Recueil des décisions 41, pp. 1 y ss.
 Y Asunto n° 5451/72 Irlanda c. Gran Bretaña en Annuaire..., XV, pp. 80 y ss.

Naturalmente, el suavizarse el rigor de la exigencia del principio, obligatorio para el recurrente, no significa que la Comisión haga dejación de su derecho y deber de examinar la eficacia o ineficacia de los recursos en litigio, ni que no pueda declarar la inadmisibilidad de la reclamación a pesar de la presentación de una prueba significativa "prima facie".

Cuestión técnico-jurídica muy debatida es, también, la determinación y el contenido del concepto de "práctica administrativa", en oposición a la idea de "medidas legislativas" o aparentemente indicativa del hecho alegado.

Conociendo el sentido y alcance atribuido al concepto de "práctica administrativa", se nos aclara la interpretación dada por la Comisión a la exigibilidad de la regla.

Realmente, la Comisión ha interpretado de forma amplia el concepto de "práctica administrativa"; se pueden encontrar situaciones de hecho y jurídicas muy diversas, condicionadas todas de forma directa, en razón de su contenido, según la infracción invocada por el recurrente.

La amplitud interpretativa otorgada a la noción de "práctica administrativa", viene, sin embargo, supeditada a una exigencia jurídica esencial, a la concurrencia del nexo de causalidad entre el acto en sí mismo y la actuación de las personas con él relacionadas. Es lo que la Comisión entiende y califica de "reiteración o repetición de actos", y relaciona con la "tolerancia oficial" de dichos actos.

Es de capital importancia el sentido que la Comisión asigna a la idea de la "reiteración o repetición" de los actos. No es suficiente que el recurrente se refiera en su reclamación a

actos de "naturaleza similar". Ni que se hayan producido de forma "aislada" o esporádica. Es de todo punto necesario que exista una vinculación neta o una relación directa entre los actos considerados en sí mismos y las circunstancias específicas de su realización, tiempo y lugar, con la actuación de las personas involucradas. Si falta esa última relación causal no puede hablarse de "práctica administrativa", en el sentido y alcance que le atribuye la Comisión.

Igualmente es muy característico el requisito de la llamada "tolerancia oficial". La Comisión entiende que dicha tolerancia puede darse a cualquier nivel jerárquico. No se limita la responsabilidad tan solo al denominado "superior jerárquico". La imputación es válida, también, si se trata de una "autoridad inferior". El factor decisivo es el de la "inmediatez". Se da la tolerancia cuando ésta es practicada simplemente por la autoridad jerárquica superior inmediata (94).

Ahora bien, la aplicabilidad de la regla del agotamiento del artículo 26 a las demandas individuales sufre ciertas variaciones, según que la "práctica administrativa" en litigio haya sido tolerada a nivel de autoridades internas inferiores o superiores.

La Comisión reconoce el hecho de que la propia práctica administrativa pueda, en determinadas ocasiones, desvirtuar la naturaleza de los recursos internos, incidiendo en la improcedencia de la aplicación de la regla (95).

(94) "Irlanda contra Gran Bretaña" en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 25, 1978, Informe de la Comisión, pp. 384-388.

(95) Asunto n° 5310/71 en Recueil des décisions, 41, pp. 4 y ss.

a) La "práctica administrativa" tolerada por autoridades inferiores:

La reclamación individual dirigida contra una práctica tolerada a nivel inferior mueve a la Comisión a cerciorarse en cada caso sobre la cuestión de si los recursos de que dispone el recurrente eran o no eficaces. En estos supuestos procede, en principio, la aplicación de la regla, salvo que los recursos internos fuesen ineficaces. El recurrente debe atenerse a la máxima del agotamiento siempre que el ordenamiento interno prevea la posibilidad de recurrir contra dicha práctica administrativa, por ser contraria al Convenio o por ser anticonstitucional, si el Convenio ha sido incorporado al orden interno y goza de rango constitucional.

Ciertamente, la Comisión admite que la práctica administrativa puede, a veces, desvirtuar la naturaleza de los recursos internos accesibles convirtiéndolos en inadecuados o ineficaces. Este criterio no implica que toda "práctica administrativa", contraria al Convenio, desvirtue ipso facto e inutilice, a la vez, los recursos accesibles. En consecuencia, las reclamaciones individuales, a diferencia de las interestatales, están sometidas a la exigencia del "previo agotamiento". Este deber comprende la utilización incluso del recurso de anticonstitucionalidad, si fuere viable (96).

En el Asunto Donelly se observa con claridad que la Comi-

(96) Asunto n° 4897/71 "Gussenbauer c. Austria", en Recueil des décisions, 42, pp. 41 y ss. Y 5219/71 Ibidem, pp. 94 y ss.
Y Asunto de "Vagabundeo", en Publ. Cour. Eur. Arrêt du 18 Juin 1971, Série A, n° 12, pp. 33 y ss.

sión asigna a los conceptos de "práctica administrativa" o "medidas legislativas" "escasos efectos" sobre la regla del agotamiento. Cuando la Comisión examinó el fondo del asunto comprobó la existencia efectiva de recursos en el ámbito interno.

El recurrente tenía por tanto, la posibilidad de obtener reparación en el ámbito interno y al no concurrir circunstancias de excepción, la Comisión se vió obligada a desestimar la reclamación en su decisión del 2 de Diciembre de 1975 (97).

b) La práctica administrativa tolerada por las autoridades jerárquicamente superiores:

Existe certidumbre manifiesta sobre la "práctica administrativa" impugnada por el recurrente cuando fue tolerada al más alto nivel de las autoridades estatales: no procede la aplicabilidad de la norma prevista en el artículo 26. En este supuesto se da una excepción al principio: cuando existía un recurso de anticonstitucionalidad, este recurso debe interponerse. Naturalmente, el recurso puede existir cuando el Convenio hubiese sido incorporado al ordenamiento interno y goce de rango constitucional o forme parte del Derecho constitucional del Estado demandado (98).

(97) Asuntos n° 5577 y 5583/72 contra Gran Bretaña, en *Décisions et Rapports*, 4, pp. 4 y ss.

(98) Asunto n° 5095/71, "Kjeldsen contra Dinamarca" en *Annuaire...*, XV, pp. 482 y ss. Y Asunto n° 5926/72 "Pedersen c. Dinamarca" en *Recueil des Décisions*, 44, pp. 93 y ss. Y Asunto n° 7216/75 contra República Federal de Alemania, en *Décisions et Rapports*, 5, pp. 137 y ss.

2) En segundo término, estimamos pertinente hacer referencia a las demandas individuales relacionadas con las "medidas legislativas". En estos supuestos la cuestión primera que se planteó la Comisión consistió en analizar el rango del Convenio en el seno del Derecho interno. Y procedió, seguidamente, a estudiar la eficacia de los recursos que se le ofrecían y eran accesibles al individuo lesionado. La cuestión básica había sido ya muy elaborada, en términos generales, por la Doctrina y la Jurisprudencia internacional, ya que se asienta en el tema clásico de las relaciones del Derecho internacional con el Derecho interno.

La Comisión tuvo ocasión de aplicar e interpretar los criterios internacionales establecidos, cuando se formuló el problema en relación con el asunto de "ciertos aspectos del Régimen Lingüístico Belga" observó y reconoció el rango de primacía o prioridad que el Convenio tenía, en principio, en el orden interno belga. Sin embargo, comprobó en el terreno de los hechos, que, una vez entrado en vigor el Convenio, la práctica judicial belga había sido reacia a admitir la prioridad que le correspondía al Convenio internacional. Este parecía ser el comportamiento habitual, y por ello, las autoridades belgas habían procedido a aplicar de modo prioritario su Derecho nacional (99).

En relación con esta cuestión principal, se consideró también la cuestión de la eficacia de los recursos accesibles.

(99) Asunto de Vagabundeo, Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 12, pág. 18.

La Comisión entendió que el recurrente había podido, en el caso concreto, acudir ante el Tribunal de casación, y ante el Consejo de Estado. Y en este punto se arrojó luz sobre el criterio polémico de apelar o no a dichos recursos.

Puede darse cierta incertidumbre, sin embargo, ante una determinada situación, pero a pesar de ello, no se han de elidir las posibilidades existentes. A juicio de la Comisión, siempre y cuando exista una probabilidad de éxito en la interposición del recurso, el recurrente deberá proceder a su agotamiento.

La concepción teórico-práctica expuesta ha sido reiterada y perfilada aun más en diversos asuntos litigiosos ante la Comisión. En efecto, la reclamación 3789/68 fue declarada inadmisibile, porque el recurrente, presunta víctima de una violación del artículo, no había apelado ante el Consejo de Estado. De modo análogo, en el asunto 2780/66, se declaró la inadmisibilidad porque el recurrente no había utilizado el procedimiento establecido en el artículo 66 de la constitución nacional, que posibilitaba el impugnar la medida legislativa estimada contraria al Convenio. En otros supuestos parecidos, la Comisión, sin dejar de apreciar los criterios anteriores, puso de relieve la importancia que se merece la efectividad y la eficacia de los recursos existentes (100).

(100) Asunto n° 6452/74, "Sacchi c. Italia" en *Décisions et Rapports*, 5, pág. 43.
 Asunto n° 5493/72 "Handyside c. Gran Bretaña" en *Annuaire...*, XVII, pp. 288 y ss.
 Asunto n° 7465/76 c. Dinamarca en *Décisions et Rapports*, 7, pág. 153. Asunto n° 7598/76 "Kaplan c. Gran Bretaña" en *Décisions et Rapports*, 15, pp. 120 y ss. Mikaelson, L. ob. cit. pp. 122 y ss. XV.

Así, la demanda 5095/71 fue declarada admisible en virtud de la ineficacia de los recursos internos. Se dispensó, por ello, al recurrente del ejercicio del agotamiento.

En conclusión, cabe enunciar la firmeza de cierta norma general viene esclarecida por la Comisión. Es manifiesto que no se puede eximir al particular del deber del agotamiento por el simple hecho de relacionar su reclamación con "medidas legislativas" o "prácticas administrativas".

Nos parece loable la práctica de la Comisión exigiendo la aplicación de la regla del agotamiento para las demandas individuales, tanto cuando se trata de impugnar medidas legislativas como, "a fortiori" cuando se trata de prácticas administrativas. Sea cual fuere la naturaleza de las medidas internas que causen violación alguna del Convenio puede desencadenar el sistema de protección regulado por las disposiciones de los artículos 26 y 27, en función del artículo 25 del mismo (101).

En las demandas interestatales prevalecen ciertas singularidades. Hemos apuntado ya la primera diferencia importante, que condiciona, sin duda, la distinta aplicación de la regla del agotamiento según se trate de demandas individuales o interestatales. En el supuesto de las demandas interestatales, a diferencia de las individuales, no es preciso la existencia de "víctimas concretas", ni de actos "concretos impugnables".

El Estado puede reclamar ante la Comisión por causa de "medidas legislativas" o de "prácticas administrativas" de otro

(101) Entre otros Asunto n° 6861/75 contra Gran Bretaña en Décisions et Rapports, 3, pág. 147.

Estado, por considerarlas, de modo general, incompatibles con las obligaciones que se derivan del Convenio.

En estos supuestos no se considera aplicable la regla del previo agotamiento de los recursos internos. Esta es la actitud adoptada por la Comisión cuando se planteó una reclamación que aducía como argumento genérico, *inter alia*, la compatibilidad del artículo 3 del Convenio con la práctica administrativa (102). Análogo criterio se sostuvo en el asunto de Donnelly y otros contra Gran Bretaña, a pesar de tratarse de 7 demandas individuales. ¿Que ocurre, si el ordenamiento interno controvertido regula la existencia de recursos ante un Tribunal ordinario o extraordinario, ante los que se deba apelar contra las "medidas legislativas" o la "práctica administrativa" impugnada?.

La cuestión no puede resolverse de una manera general deberá responderse de diverso modo según sea el contenido y las circunstancias que concurren en la demanda. Es posible matizar la solución cuando la demanda interestatal ponga en tela de juicio, con carácter general, "las medidas legislativas" o "la práctica administrativa" de otro Estado, se está en presencia de un supuesto distinto del de una demanda interestatal que formula la reclamación por violaciones concretas que afectan de forma directa a determinados particulares.

(102) Primer Asunto de Chipre en *Annuaire...*, II, pp. 182-184. Primer Asunto Griego, *Ibidem*, pp. 730-770. Segundo Asunto Griego en *Annuaire...*, XIII, pp. 122 y ss. y 132-133. Asunto "Irlanda c. Gran Bretaña", en *Recueil des Décisions*, 41, pp. 3 y ss. y pp. 86-87.

El tratamiento debido en ambos casos no es el mismo. En la primera hipótesis, puede decirse en términos generales, que no se exige al Estado demandante el previo agotamiento de los recursos. Esta regla no es, en tal caso, condición determinante de la admisibilidad de la demanda. Si la reclamación es de carácter general no es aplicable la regla, con independencia del contenido mismo de la reclamación. Reaiga ésta sobre "prácticas administrativas" toleradas a nivel superior o inferior o se refiera a "medidas legislativas" en general.

Muy distinta es la hipótesis y diferente su tratamiento jurídico cuando la reclamación interestatal se refiere a violaciones concretas con víctimas directas. Las supuestas víctimas deberán proceder al agotamiento de los recursos existentes. Incluso en el supuesto de que la "práctica administrativa" se realice a nivel inferior. En esta segunda hipótesis, la Comisión procede a examinar, en cada caso concreto, si los recursos internos son efectivos. (Asunto Irlanda contra Gran Bretaña (103).

No ha sido fácil ni rápido el proceso clarificador de la aplicabilidad de la regla del agotamiento de los recursos en materia de reclamaciones cuyo contenido se refiera a una "práctica administrativa" o las "medidas legislativas". Las razones explicativas del lento proceso habido son dos principalmente. Se debió, en gran parte, a las posturas dogmáticas defendidas por la doctrina, influida por teorías generales anteriores y, en parte, también, a la fluctuante práctica de la propia Comisión.

(103) En Recueil des Décisions, 43, pp. 122 y 146-147.
En Recueil des Décisions, 41, pp. 3 y ss. y pp. 86-87.

Al comienzo parecía predominar el pensamiento excluyente del agotamiento, en relación con todas las demandas que se refiriesen a esta materia. Creemos, sin embargo, que el estudio de la última jurisprudencia de la Comisión nos permite establecer ciertas proposiciones.

1. Es razonable afirmar la diferente aplicabilidad de la regla del agotamiento según se trate de demandas interestatales o individuales que impugnen "medidas legislativas" (Asunto Donelly) (104).
2. Es realmente importante determinar la cualidad de los recursos en litigio. Esta norma es esencial. Porque, en todo caso, interesa averiguar si los recursos internos se corresponden bien al principio de la efectividad, de la eficacia. Es lógico que las "prácticas administrativas" o las "medidas legislativas" impugnadas requieran un severo análisis, porque los recursos de esa naturaleza suscitan más incertidumbre que los ordinarios sobre su eficacia y adecuación.
3. En la actualidad, no parece haber razones teóricas, ni prácticas para eximir de la regla y de la carga de la prueba a las demandas particulares que formulen reclamaciones sobre "medidas legislativas" o "prácticas administrativas".

(104) En Recueil des Décisions, 43, pp. 122 y ss. y 146 y ss.

4. El contenido de la reclamación no puede actuar como excepción del requisito de admisibilidad, pero podrá intervenir como factor determinante en el examen de fondo de la reclamación, por surgir entonces el tema de la gravedad de la infracción.
5. Las demandas interestatales han de ser objeto de clasificación, según concurren o no supuestas víctimas particulares. Los Estados que presenten reclamación no pueden, en principio, actuar como simples demandantes ante los Tribunales internos, cuando en este tipo de reclamaciones no se exija la condición de víctima.

A pesar de la existencia de auténticos recursos ante los Tribunales internos que determinen la compatibilidad de la ley impugnada con la Constitución o con las obligaciones internacionales que se derivan para el Estado que hubiese ratificado el Convenio (105).

7. Interpretación del Tribunal europeo y las demandas de reparación.

En el examen de la regla del agotamiento previo de los recursos internos no podemos dejar de hacer mención expresa so-

(105) Mikaelson, L., se apoya en la tesis sostenida por Daneilius, ob. cit. pág. 286. Mikaelson, L., afirma: "However, in no country can a HC Part, as a plaintiff in such a case before the national courts and further, when dealing with State applications there is no requirement that there should be victims at all". En ob. cit., pág. 131. Respecto demandas individuales. Véase Asunto "Donnelly c. Gran Bretaña", n° 5577/72, 5583/72, en Recueil des Décisions 43, pp. 131 y ss.

bre la litispendencia en torno a su especial repercusión en las demandas de reparación, y debido a la singular interpretación efectuada por el Tribunal. La problemática relativa a la contraposición de criterios entre la Comisión y el Tribunal en cuanto a la admisibilidad de la demanda es el aspecto que analizaremos ahora, dejando para la Parte VII el análisis del carácter del procedimiento relativo al ejercicio del derecho de reparación y su conexión con la regla.

La interpretación del Tribunal europeo sobre la regla del agotamiento previo de los recursos internos ejerce una influencia, a su vez, muy considerable sobre ciertas demandas de reparación.

La primera cuestión a examinar concierne a la admisibilidad de las demandas, en relación con la regla del agotamiento previo de los recursos internos. ¿Procede, acaso, que el Tribunal intervenga en tales materias después de haber sido contempladas y resueltas, en un primer plano, por la Comisión?. ¿Goza, acaso, la Comisión de competencia exclusiva sobre la admisibilidad relacionada con el agotamiento? ¿Y, puede, en fin, el Tribunal enjuiciar la aplicación de la regla del agotamiento después de que la Comisión adoptó ya una resolución sobre la misma materia? (106).

El análisis y conocimiento teórico-práctico de la jurisprudencia del Tribunal nos esclarecerá los interrogantes anteriores y nos servirá de guía para sentar los criterios que

(106) Asunto de "Vagabundeo"-en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, 1971, párf. 50.

prevalecen, en general, en las demandas individuales y sus efectos sobre la reparación.

Al comienzo la Comisión se pronunció claramente en favor de que su "competencia exclusiva" abarcaría, en principio, tanto las decisiones de inadmisibilidad de las demandas como las de admisibilidad o aceptación de las reclamaciones.

Conforme a esta actitud inicial, el Tribunal no debería examinar de nuevo la cuestión que incidiese en la resolución de admisibilidad. Esta toma de posición radical se enunciaba así: "la decisión de la Comisión constituye una decisión "definitiva" (107).

No transcurrió mucho tiempo antes de que pudiera pronunciarse sobre el tema, y no compartió la visión de la Comisión en el asunto "De Wilde, Ooms y Versyp". El Tribunal se vio obligado a examinar su propia competencia y si tenía, por tanto, jurisdicción para enjuiciar las cuestiones del no agotamiento de los recursos internos y la presentación fuera de plazo de la demanda. Las cuestiones concretas fueron formuladas por el Gobierno demandado al solicitar la inadmisibilidad de la demanda.

El Tribunal tuvo, lógicamente que pronunciarse sobre su "competencia *ratione materiae*", y, a tal fin, la interpretación del Tribunal europeo sobre la regla del agotamiento previo de

(107) Asunto "Stögmüller", en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 10, 1969, párf. 6, pág. 32.
Véase Informe de la Comisión en el Asunto de Vagabundeo 1969, párf. 177.

los recursos internos nos aclara el análisis que nos permite deducir las consecuencias pertinentes sobre el sistema de la reparación.

El razonamiento seguido por el Tribunal da la impresión, a primera vista, de ser sencillo. El Convenio faculta al Tribunal para entender en "todos los asuntos" ("tous les affaires") que se relacionen con la interpretación y la aplicación de la Convenio (art. 45). Cuando surgen tales cuestiones se da por establecida la "base de la jurisdicción *ratione materiae*". Y el Tribunal atribuyó un sentido general, un carácter muy amplio, al texto del artículo 45 que vio doblemente confirmado por la versión inglesa del artículo 45 y del 46 "all cases".

Para el Tribunal todos los asuntos que se le hubiesen "formulado debidamente" caían dentro de su jurisdicción, a condición de que se diese la concurrencia de los requisitos previos estatuidos por el Convenio: planteamiento del asunto dentro de los tres meses a partir del momento en que la Comisión eleva su "informe" al Comité de Ministros (47), y que el Estado interesado en suscitar la cuestión hubiese aceptado la jurisdicción del Tribunal (48) (108).

(108) El Tribunal con anterioridad al Asunto de Vagabundeo se había pronunciado, en cuanto a la excepción preliminar de incompetencia suscitado en el asunto de "Ciertos aspectos del Régimen Lingüístico de la enseñanza en Bélgica". Asimismo, en la sentencia de fondo del asunto "Lawless", el Tribunal se pronunció sobre la excepción presentada en base al art. 17 del Convenio por el Gobierno irlandés. En el asunto "Neumeister" el Tribunal sir invocó su incompetencia, examinó el argumento del gobierno austriaco que reclamaba en base a que la Comisión no había analizado hechos acaecidos con posterioridad a la presentación de la demanda.

En tales condiciones, está dotado de plena jurisdicción porque, según el Tribunal, no era concebible que un problema importante en litigio no constituyese materia de "interpretación y aplicación" del Convenio. Y la cuestión litigiosa era realmente importante, porque se trataba de aclarar si se había producido o no el agotamiento de los recursos internos.

Hallándose en litigio, la regla del agotamiento de recursos (art. 26), el Tribunal entiende que su esclarecimiento refuerza de modo más razonable el ejercicio de su competencia, porque la regla del agotamiento de los recursos implica una delimitación del área considerada indispensable para la aceptación por los Gobiernos del Convenio - la oportunidad de restablecer la situación jurídica creada por sus órganos estatales antes de someterse a una jurisdicción internacional. Y parecía lógico que el Tribunal velase tanto por los derechos de los Estados como por las libertades individuales garantizados ambos por el Convenio.

.../...

En los asuntos "Stogmuller" y "Matznetter" examinó un argumento análogo que se refería al no agotamiento previo de los recursos internos, pronunciándose respecto a la inaplicabilidad de la excepción en el asunto: "en matière de détention préventive, c'est d'après les circonstances de la cause qu'il y a lieu d'apprécier, le cas échéant, si et dans quelle mesure le requérant détenu, après avoir épuisé les recours avant que la Commission déclarât sa requête recevable, devait ensuite, en vertu de l'article 26, introduire de nouveaux recours devant les juridictions nationales pour que puisse être vérifié du degré international le caractère raisonnable de son maintien en détention".

En el asunto Matznetter, sobre este mismo problema se pronunciaba en el sentido de que el recurrente había agotado debidamente los recursos internos. Véanse Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 5, pp. 18-19. Série A, n° 3, párf. 7; Série A, n° 8, párf. 22-25; Série A, n° 9, párf. 9-12; Série A, n° 10, pp. 32-33, respectivamente.

La inicial contraposición de criterios entre Comisión y Tribunal había de verse superada merced a la concepción amplia del artículo 45. Era razonable que el Tribunal considerase imprescindible y se manifestase partidario de una interpretación no restrictiva del ámbito de su competencia. Máxime si se tiene en cuenta que las expresiones distintas de los dos textos dan fé con igual valor (109).

La versión francesa se refiere a "affaires concernant l'interpretation et l'application de la Convention". El texto inglés dice: "all matters". Según el Tribunal el alcance general de su competencia se justifica claramente en base a la

(109) "La plénitude de la juridiction de la Cour, ou le cas échéant du Comité de Ministres, reste intacte pour toutes les affaires dont l'un ou l'autre de ces organes se trouve saisi. Elle s'étend non seulement au fond, mais aussi aux questions de compétence de recevabilité. Il n'est certainement pas possible d'admettre que les exceptions ayant un caractère judiciaire, et notamment les exceptions relatives à la compétence ou à la recevabilité, ne pourraient plus être soulevées devant la Cour". La Comisión recuerda que el Tribunal se había pronunciado en el asunto de "ciertos aspectos del régimen lingüístico de enseñanza belga" en el sentido que tenía competencia para examinar la excepción de incompetencia "ratione materiae" antes de analizar el fondo del asunto, a pesar de que según la Comisión anteriormente el gobierno belga no había cuestionado la competencia de la Comisión, impugnando así la procedencia de la excepción y no la competencia del Tribunal. Véase Asunto de Vagabundeo, Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, nº 15. Vista pública de Noviembre de 1970, Véase pág. 267.

versión inglesa del párrafo 1º del artículo 46. Este artículo no emplea la expresión de "all cases" como se utiliza en el artículo 45, sino la de "all matters" (110).

El ámbito de competencia del Tribunal resultaría más o menos amplio (art. 45), según se combinen o apliquen separadamente ambos artículos. No se trata de una mera cuestión terminológica, sino de la interpretación combinada de los dos artículos, en su texto inglés, y en función de los fines de protección perseguidos por el Convenio.

Desde luego, parece claro que la expresión de "casos o de asuntos" - "materias" (art. 46) se presta a la inclinación lógica y amplia adoptada por el Tribunal.

Elevando la cuestión al plano de los principios y propósitos del preámbulo del Convenio, es indudable que el reconocimiento efectivo de los derechos protegidos y su protección y desarrollo se avienen mejor con la interpretación amplia que a su competencia le ha conferido el Tribunal. De ahí que decidiese por unanimidad la improcedencia de la excepción preliminar aducida por el Gobierno interesado según la cual el Tribunal carecía de competencia en el asunto en litigio. Ciertamente, el Tribunal se hubiese visto obligado a manifestarse incompetente en el supuesto de que los recurrentes hubiesen presentado peticiones que no estuviesen amparadas explícitamente por el Convenio (111).

(110) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, párrafos 47-48, pág. 29.

(111) En igual sentido se manifestó recientemente el Tribunal en la sentencia dictada en el asunto interestatal "Irlanda contra Gran Bretaña". Sentencia de 18 de Enero de 1978. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 25, pár. 154.

Por su parte, el Tribunal no solo ha de tomar en cuenta, sino basarse, siempre que sea posible, en los propios Informes de la Comisión. Y cuando de ellos se deducen observaciones y posiciones jurídicamente irreconciliables entre las Partes en litigio que llevan a sentir "la necesidad de interpretar el Convenio", es natural que el Tribunal reexamine, en el terreno de los principios, las reclamaciones declaradas admisibles por la Comisión.

Esta necesidad se hace aun más evidente cuando el desacuerdo entre las Partes sobre la interpretación de las disposiciones del Convenio se pone de manifiesto durante la celebración de las vistas orales ante el propio Tribunal.

La determinación de la competencia "*ratione materiae*" del Tribunal no ha de fundarse, además, tan solo en los referidos artículos 45 y 46. Es justo invocar, también, el artículo 19 del Convenio. Este artículo confía tanto a la Comisión como al Tribunal una más amplia misión que el simple pronunciamiento correcto sobre un determinado asunto (112).

La misión que se les confía a ambos órganos no es solo la de garantizar el respeto de las obligaciones dimanantes para las Partes sino la de delimitar salvaguardar y desarrollar las normas y principios establecidos por el Convenio.

Ese planteamiento general se puso bien en evidencia en el asunto denominado de Vagabundeo. El Tribunal hubo de determi-

(112) Recueil des Textes, pp. 111 y 106-107.

nar si el Convenio requería o autorizaba el procedimiento que resolvió seguir la Comisión al margen de las intenciones del instante particular y de la interpretación subjetiva del Gobierno, que aducía el no agotamiento de los recursos internos por parte de los recurrentes De Wilde, Ooms, y Versyp. La tesis gubernamental que constituía su conclusión principal en el planteamiento general del problema ante el Tribunal, fué controvertida por la tesis sostenida por la Comisión en su memoria del 8 de Abril de 1970 (113). Esta creía poder afirmar la falta de competencia del Tribunal para criticar o impugnar las decisiones de la Comisión en materia de admisibilidad. La Comisión defendía su "competencia exclusiva" valiéndose de los siguientes argumentos:

- 1) El Tribunal europeo no constituye una "instancia de apelación" respecto de las decisiones ya aprobadas por la Comisión.
- 2) El Tribunal quedaría vinculado por una decisión de la Comisión, en la que ésta hubiese comprobado el agotamiento previo de los recursos internos.

El sistema establecido por el Convenio no prevee, según la Comisión, dos grados de jurisdicción, organizados jerárquicamente, de forma que el Tribunal constituyese una instancia de apelación para las decisiones adoptadas por la Comisión. El ar-

(113) El Gobierno belga invocaba la tesis sostenida por Stensen Sørensen, en su obra "La recavabilité de l'instance devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme" en "René Cassin Amicorum Discipulorumque" París, 1969, T.I., pág. 335.

artículo 19 se limita a confiar a dos órganos la tarea de asegurar el respeto de los compromisos que se derivan para las Altas Partes Contratantes (114).

Las funciones respectivas están bien delimitadas. Las atribuciones de estos dos órganos, Tribunal y Comisión, derivan, pues, directamente, del Convenio y éste no deja vislumbrar lazo alguno de subordinación entre ambos órganos, cuando estableció sus respectivas competencias.

-
- (114) La Comisión en su memoria presentada el 7 de Febrero de 1970, decía:

"Q'il plaise à la Cour de dire que les requêtes introduites contre la Belgique par Jacques De Wilde, le 17 Juin 1966, par Franz Ooms le 20 mai 1966, et par Edgard Versyp le 16 Août 1966, n'étaient pas recevables, les requérants n'ayant pas épuisé les voies de recours internes, et que la Commission européenne des Droits de l'Homme aurait donc dû les rejeter en vertu des articles 26 et 27 (3) de la Convention"

Véase Asunto de Vagabundeo, Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, pág. 205.

El agente del Gobierno belga se pronunciaba en sentido contrario invocando el art. 45 del Convenio que otorga competencia al Tribunal para pronunciarse sobre cualquier problema que se refiera a la interpretación y a la aplicación del Convenio, en cualquier caso correspondiente al propio Tribunal decidir sobre su propia competencia si ésta fuese controvertida".

El Gobierno utilizaba la tesis sostenida por Max Sørensen, ob. cit., pág. 342. Véanse votos particulares, Jueces, Ross, Bilge y Wold a la sentencia de 18 de Junio de 1971.

Publ. Cour. Eur. Série A, n° 12, Voto Particular del Juez Bilge.

En efecto, el Convenio ha atribuido a la Comisión la competencia para examinar y decidir la admisibilidad de las demandas. Esta competencia se regula de modo preciso en el artículo 27 del Convenio: "La Comisión declarará inadmisibile toda solicitud o reclamación presentada de conformidad con el artículo 25, si ella estimase que... es incompatible..." con el Convenio.

Definido bien el principio general en materia de admisibilidad, se ha cuestionado si la finalidad de los artículos 26 y 27 estriba en restringir la competencia del Tribunal en tal materia. ¿Era esta, en realidad, la intención de los autores del Convenio? (115).

La respuesta ha de buscarse en la jurisprudencia del Tribunal. Y éste se ha manifestado resueltamente sobre las relaciones que median entre los dos órganos de control en el ejercicio de sus funciones específicas. La dificultad dimana del hecho de que el Convenio les ha confiado a estos dos órganos solventar sus relaciones específicas que no están reguladas expresamente.

La misión de la Comisión y del Tribunal de delimitar sus respectivas competencias deberá ser realizada únicamente a la luz de las circunstancias concretas de un asunto tal y como se presenta ante el juez será posible dar una respuesta definitiva a esta cuestión difícil (116).

(115) Asunto de "Vagabundeo". Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, pp. 262-263.

(116) La Comisión impugnaba en la audiencia pública de Noviembre de 1970 la tesis del Gobierno belga. "La finalidad

Para dilucidar en cada caso concreto la cuestión básica de la competencia no se han utilizado solo las disposiciones citadas de los artículos 45 y 19 del Convenio. Es de importancia capital, también, el artículo 49, porque declara competente al Tribunal para decidir en aquellos supuestos en que se cuestionase su propia competencia. El artículo 49 dice textualmente:

"En caso de disputa sobre la cuestión a si el Tribunal es o no competente, éste será quien decida" (117).

.../...

del art. 45 es la de determinar las categorías de asuntos, e insiste en la denominación "asuntos"... para los que tiene competencia el Tribunal. Invoca el art. 36 del Estatuto del T.I.J.: Véase Asunto "Vagabundeo", Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, pp. 227-228 y 260-263.

(117) Recueil des Textes, pág. 112.

El autor invocado había sugerido exclusivamente que el Tribunal no estaría vinculado por una decisión de la Comisión en la que se hubiese comprobado el agotamiento. En este caso el Gobierno había solicitado que el Tribunal declarase inadmisibles las demandas. Se cuestionaba su actitud por haber sido el propio gobierno, el que había elevado el asunto ante el Tribunal. Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, pp. 262-263.

En realidad el Tribunal ha mostrado gran ponderación al determinar los efectos de las decisiones de la Comisión en materia de admisibilidad. Ha considerado necesario examinar en cada caso si se planteaban problemas de interpretación o de aplicación del Convenio.

En principio, la interpretación del Tribunal se atiene pues, a dos nociones genéricas del Convenio integradas de tal suerte en los artículos 45 y 46 que se corresponden, en ambos textos, con una misma expresión: El Tribunal es competente para entender en "todos los asuntos referentes a la interpretación y aplicación del presente Convenio". La idea de salvaguardar la correcta "aplicación" del Convenio presupone que "todos los asuntos" controvertidos que lleguen a conocimiento del Tribunal, han de ser resueltos por éste sin considerarse prejuzgado en su libertad de decisión por cualquiera que sean las resoluciones previas de la Comisión. Y, por otro lado, la obligación que tiene el Tribunal de pronunciarse sobre todos los asuntos que de algún modo se refieran a la "interpretación" del Convenio, se corresponde con la concepción teórico-práctica de la vida judicial internacional (118).

¿No sería extraño ver desprovisto el Tribunal europeo de una de las atribuciones que pertenecen normalmente a cualquier órgano judicial o jurisdicción internacional?

(118) El Tribunal tiene competencia para decidir en caso de desacuerdo sobre los límites de su propia competencia. Véase *Recueil des Textes*, pág. 112.

Y en consecuencia, ¿sería lógico pensar que el Tribunal europeo se desentendiese de las excepciones preliminares que le fueren planteadas? (119).

El Tribunal no podía, ni debía considerarse desligado de la aplicación e interpretación de la regla del previo agotamiento de los recursos internos, que constituye una de las condiciones más esenciales de la admisibilidad de las demandas. Esta condición está, además, relacionada en general, con los "mecanismos establecidos por el Convenio en su conjunto" (120).

Pensar que el Tribunal se encontrase supeditado, en tales materias, a las resoluciones anteriores de la Comisión implicaría subvertir el orden de valores jurídicos que caracteriza en general, al sistema jurisdiccional internacional.

Es, por el contrario, razonable pensar que el Tribunal pueda y deba, legítimamente examinar si las condiciones esenciales de la aplicación del Convenio se han cumplido en cualquier caso concreto, con independencia de la actitud y criterios que hayan podido inspirar a la Comisión en sus decisiones sobre la admisibilidad de las demandas de reparación. Es más, las decisiones de la Comisión no pueden vincular al Tribunal y

(119) Sørensen, M.: "La recevabilité de l'Instance devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme" en "René Cassin Amicorum Discipulorum que" París 1969, T.I., pp. 335 y ss.

(120) Ibidem, pág. 342.

limitar su libertad y el alcance de su examen (121).

De estos razonamientos se sirvieron los Gobiernos demandados para afirmar la competencia del Tribunal en los siguientes términos. Según parece, hay que admitir que los problemas relativos a la competencia de los órganos establecidos por el Convenio y la admisibilidad de las demandas relativas al cumplimiento por parte de los Estados de estas disposiciones, son necesariamente problemas de interpretación o de aplicación del Convenio.

El razonamiento gubernamental fue impugnado por la Comisión, en la vista pública celebrada en Noviembre de 1970 ante el Tribunal. Sin embargo, nos parece, en este caso, excesivamente restrictivo el pensamiento de la Comisión (122).

(121) Asunto de Vagabundeo (Question de l'application de l'article 50 de la Convention). Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 14, 1972, párrs. 14-17.

(122) Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, n° 15, pp. 205 y ss.
En el Asunto de "Ciertos Aspectos del régimen lingüístico de enseñanza en Bélgica", el gobierno belga había razonado que"
"El Tribunal no puede sino constata que todas estas quejas plantean cuestiones relativas a la interpretación y a la aplicación del Convenio, que, para decidir sobre estas cuestiones, deberá investigar si los recurrentes son titulares de los derechos que invocan (artículos 8, 14 del Convenio) y en el artículo 2 del Protocolo Adicional, y si estas disposiciones originan, a cargo del Estado belga, las obligaciones de cuya violación alegan los recurrentes, lo que implicaría no solo abordar el fondo sino tomar posición respecto de uno de los elementos esenciales, es decir, respecto de las cuestiones de interpretación y de aplicación indisociables respecto del fondo. Publ. Cour. Eur. D.H. arrêt du 9 février 1967. Série A, n° 5, pp. 18-19.

En relación con la Comisión, la libertad de decisión del Tribunal ha de ser plena y así lo confirma su experiencia judicial; con independencia del carácter amplio o restrictivo con que se interprete el artículo 45. Por ello, es lícito admitir, también, que el Tribunal no estaría vinculado por una decisión de la Comisión que confirmase, en principio, el agotamiento efectivo de los recursos internos (123).

No se agota con lo expuesto, sin embargo, la discrepancia de pareceres sobre las esferas de acción y competencia correspondientes a la Comisión y al Tribunal (124).

La tesis restrictiva respecto al Tribunal se ha esforzado por extraer, un nuevo razonamiento, de la comparación entre el artículo 45 del Convenio y el artículo 36 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Este último artículo dice:

"La competencia del Tribunal se extiende a todos los litigios que las Partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes" (125).

De esa comparación se ha deducido que la competencia del Tribunal europeo está caracterizada por su naturaleza "limitada"

(123) Recueil des Textes, pág. 111.

(124) Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, n° 15, pp. 205 y ss.

(125) Carrillo Salcedo, J.A.: "Textos básicos de Naciones Unidas", Madrid, 1982, pág. 68.

y "especializada". Solamente "la interpretación y la aplicación del Convenio", mientras la competencia del Tribunal Internacional de Justicia se extiende a cualquier cuestión de Derecho internacional: Todos los litigios que se le sometan y a to dos los asuntos previstos en los tratados internacionales (126).

El supuesto carácter limitado de la competencia del Tribunal europeo se confirma, según la tesis restrictiva, por causa de las condiciones "limitativas" dimanantes del artículo 48 del Convenio, que determina que las partes, además de la Comisión, podrán someter asuntos ante el Tribunal, y las Partes interesadas no pueden someter asuntos ante el Tribunal europeo tratándose solo de la "interpretación y aplicación" del Convenio, como permite el sistema clásico y en vigor para el Tribunal Internacional de Justicia, merced al simple acuerdo de voluntades entre Estados - el "compromiso" de sumisión de cualquier controversia jurídico-internacional-.

En consecuencia, el artículo 45 del Convenio tendría por misión esencial determinar la finalidad y la categoría de asuntos susceptibles de ser sometidos al Tribunal europeo exclusivamente las cuestiones de "interpretación y aplicación del Convenio" (127).

El Tribunal, por el contrario, sostiene una concepción amplia y dilatada de lo que ha de entenderse por "interpretación

(126) Véase Asunto de "Vagabundeo". Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, n° 15, pp. 260-263.

(127) Ibidem, pp. 227-228.

y aplicación" del Convenio que las demandas y reclamaciones con perjuicios diferenciados presentan problemas que inciden en la propia interpretación y aplicación del Convenio. Cuando las cuestiones planteadas tienen esa incidencia resultan, en su opinión, "indisociables respecto del fondo" (128).

Esa es también, la interpretación dada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en su sentencia relativa al asunto de la Compañía de Electricidad de Sofía y Bulgaria (129).

Conforme a esta interpretación genérica, el Tribunal está llamado no solo a abordar la cuestión de fondo sino a tomar posición respecto a uno de sus elementos esenciales, como puede ser la regla del agotamiento y decidir, por tanto, sobre tales cuestiones relacionadas con la interpretación y aplicación del Convenio. Para dilucidar tales cuestiones se deberá investigar, en primer término, por ejemplo, si los recurrentes son o no titulares de los derechos que invocan en concreto, (pueden ser las disposiciones de los artículos 8, 14 y n° 2 del Protocolo Adicional 1), y seguidamente determinar si el Gobierno interesado es responsable de su violación. En opinión del Tribunal su competencia se establece, en tales casos "ratione materiae", con tal evidencia que debe ser afirmada de plano.

(128) Asunto De Wilde, Ooms y Versyp, sentencia de 18 de Junio de 1971, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, párf. 49 y 51, pp. 29-30.

(129) Sentencia de 4 de Abril de 1939. C.P.J.I. Série A/B B, n° 77, pág. 83.

El Tribunal por consiguiente, rechaza el argumento esgrimido por la Comisión que sostenía que en los denominados asuntos de "Vagabundeo" que no se podía afirmar que se presentase en ellos una cuestión que no fuese de fondo, hecho que condujo a la Comisión a considerar que se escapaban estos asuntos de la competencia del Tribunal.

En tal sentido, el Tribunal en su sentencia del 18 de Junio de 1971 se pronunció en favor de una interpretación amplia formulando respecto al contenido del artículo 45, lo siguiente:

"Podrá conocer todas las cuestiones de hecho y de derecho que se susciten en relación al examen o durante en el procedimiento de un asunto". (Una vez que se han observado las disposiciones de los arts. 47 y 48) (130).

Este criterio bien manifestado en el asunto de "Vagabundeo" había sido apuntado anteriormente por el propio Tribunal en sus sentencias del 10 de Noviembre de 1969 relativas a los asuntos Stögmüller y Matznetter. Y sería reafirmado en la sentencia del 17 de Enero de 1970 en el asunto Delcourt y recientemente en las sentencias del 7 de Diciembre de 1976 en el Asunto Handyside, así como en la sentencia del 18 de Enero de 1978 recaída en el Asunto interestatal Irlanda contra Reino Unido (131).

(130) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, pp. 29-30.

(131) Publ. Cour. Eur. D. H. Séries A, n° 9, párr. 7, pág. 41. Asunto "Stögmüller contra República Federal de Alemania".

Por consiguiente y de conformidad con la práctica internacional y nacional la jurisdicción europea se considera habilitada para conocer los hechos sobrevenidos en el transcurso del procedimiento y que constituye una mera ampliación de los hechos denunciados en el origen.

Por ello, el Tribunal se manifestó contrario a la opinión excesivamente formalista de ciertos Gobiernos, en cuanto al examen de los hechos cuando alegaron que el Tribunal carecía de competencia para su examen por haber sido presentados con anterioridad al examen de fondo de la Comisión (132).

En consecuencia, el Tribunal es competente a partir del momento en que se suscite cualquier cuestión relacionada con la interpretación o la aplicación del Convenio. De ahí cabe deducir que las excepciones preliminares presentadas por las Partes, para impugnar la jurisdicción del Tribunal, se encuentran "estrictamente limitadas".

.../...

Série A, n° 10, párf. 5, pp. 31-32. "Matzenetter contra República Federal de Alemania". Série A, n° 11, párf. 40, pág. 20. "Delcourt contra Bélgica". Série A, n° 24, párf. 41, pág. 20. "Handyside contra Gran Bretaña". Y por último respecto del asunto interestatal. Véase, Série A, n° 25, párf. 157.

(132) Asuntos Stögmüller, Matzenetter y Delcourt. Véase Publ. Cour. Eur. D. H. Série A, n° 9, pág. 41, n° 10, pp. 31-32 y n° 11, pág. 20, respectivamente.

Es ilícito que el Tribunal tiene la obligación de "declinar" su competencia en el supuesto de que los recurrentes se extralimitasen en sus reclamaciones relacionadas con los derechos y libertades incluidos en las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos. Es el supuesto de las reclamaciones llamadas "abusivas". Y esta hipótesis se da en aquellos casos en que los recurrentes no hubiesen observado las condiciones establecidas en los artículos 47 y 48 del Convenio que estipulan las condiciones y quienes se hallan capacitados para someter un asunto al Tribunal europeo una vez que hubiese fracasado el intento de conciliación propiciado por la Comisión y cuando no hubiese transcurrido un plazo superior a los tres meses a partir del momento en que la Comisión transmitió su Informe al Comité de Ministros (133).

El Tribunal justificó, a su vez, su competencia "*ratione materiae*" invocando el artículo 49 que le declara competente en caso de controversia sobre su propia competencia. Y se considera llamado a conocer de tales materias conforme a lo estipulado en el artículo 46, de su propio Reglamento. Es lógico, por tanto, compartir el criterio de que la cuestión del agotamiento, es decir, la interpretación y la aplicación del artículo 26, queda comprendida entre las materias sobre las que goza de competencia el Tribunal (134).

(133) En el Asunto de Vagabundeo, citado el Tribunal consideró que había sido llamado a conocer el asunto de forma reglamentaria conforme a lo estipulado en el Convenio. Véase *Recueil des Textes*, pp. 111-112.

(134) *Publ. Cour. Eur. D.H. Série A*, nº 12, párf. 50, pág. 29.

Confirma este criterio el hecho de que la regla del previo agotamiento de los recursos internos delimita el ámbito en el que los Estados se sienten obligados y se han comprometido a ajustar su comportamiento a los deberes dimanantes del Convenio: a someterse al control de los órganos de Estrasburgo, por las denuncias de que fuesen objeto.

Y no se ha de olvidar la función que el Convenio además confía al Tribunal: garantizar el respeto de los derechos y libertades estipuladas y reguladas por el Convenio.

El supuesto carácter incuestionable de la decisión de la Comisión en materia de admisibilidad de las demandas individuales, es sostenido con firmeza su decisión sobre la admisibilidad no puede ser censurada ni enjuiciada, posteriormente por el Tribunal.

La Comisión ha procurado razonar de forma tal que su tesis no fuese calificada de excesivamente "rigurosa" y "teórica" (doctrinal). La revisión -se dice- por el Tribunal de la decisión de la Comisión resultaría extraña y poco propicia para fomentar la autoridad de las instituciones creadas por el Convenio.

El reexamen de cuestiones controvertidas y resueltas produciría una situación y un fenómeno ya duramente criticado ante otras jurisdicciones internacionales.

La posible censura por el Tribunal de las decisiones de la Comisión, y a esto equivale la atribución del derecho de reexamen al Tribunal, constituiría sin duda un trato de favor concedido a la parte requerida es, en opinión de la Comisión, "la cuestión primordial". En la práctica de los Estados es na-

tural esperar que el Gobierno demandado solicite del Tribunal que declare inadmisibile la demanda, que fue aceptada por la Comisión. Siendo esto teórica y prácticamente posible.

El Tribunal establecería un precedente que tendría la consecuencia inmediata de "reforzar la desigualdad ya excesivamente marcada en el Convenio entre el particular recurrente y el Gobierno requerido en el procedimiento ante el Tribunal (135).

En efecto, la desigualdad sería bien patente porque el recurrente carece de capacidad para apelar contra la decisión de la Comisión. En la realidad el particular, considerándose víctima de una violación, carece de un recurso preciso para impugnar la decisión de inadmisibilidad.

Por otro lado, la desigualdad se hace aun más evidente si se recuerda que el recurrente particular carece de "locus standi" ante el Tribunal. En cambio, en el supuesto de que la demanda fuese declarada admisible, el Estado requerido podrá elevar el asunto ante el Tribunal que puede reexaminar la cuestión de la admisibilidad. De esta suerte, se le concedería al Estado requerido un nuevo recurso y la posibilidad de impugnar la decisión de inadmisibilidad.

A pesar de la lógica aparente del razonamiento expuesto, el Tribunal, se pronunció, por el contrario, en favor de su propia competencia para conocer "las cuestiones del no agotamiento y de la presentación fuera de plazo" suscitadas en el procedimiento. Esto quiere decir que la opinión de la Comisión, sobre

(135) Wiebringhaus, H., Ob. cit. pp. 699 y 704.
Spatafora, E., Ob. cit. pp. 110-111.

la admisibilidad de una demanda, no vincula en modo alguno al Tribunal europeo.

Efectivamente, la decisión positiva de la Comisión sobre la admisibilidad no tiene, según el Tribunal, otra función que la definida en los artículos 28 a 31 (136).

8. El carácter de excepciones previas: los plazos procesales y el "stoppel".

La competencia "ratione materiae" del Tribunal viene determinada, como sabemos, especialmente, por el artículo 45 del Convenio: se extiende "a todos los asuntos" relativos a su "interpretación y aplicación". Así lo estableció ya el Tribunal en su sentencia de 9 de Febrero de 1967 - caso de ciertos aspectos del régimen "lingüístico". (La amplitud, el alcance general del artículo 45 se ve confirmada por el artículo 46 - "all matters") (137).

(136) Asunto de Vagabundeo en Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, pp. 261-262. Y Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, párf. 52, pág. 30.
En contra de la opinión del Tribunal, los jueces Ross, Bilge y Wold, en su voto particular entendieron que: "la admisibilidad de las peticiones es una "cuestión única e indivisible". La Comisión tiene o no jurisdicción.

.../..

(137) Asunto de Ciertos Aspectos del Régimen Lingüístico Belga, véase excepción preliminar. Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 9 Février 1967, Série A, pp. 18-19. Y Arrêt du 18 Juin 1971, par 47-48, pág. 29.

Naturalmente, el ejercicio de esa competencia presupone haberse dado las condiciones definidas por los artículos 47 y 48: ser diferido el asunto en "el plazo de tres meses" a partir de la transmisión del Informe de la Comisión al Comité de Ministros y cuando el Estado haya aceptado la jurisdicción obligatoria del Tribunal (138).

.../...

No es lógico pensar que tenga jurisdicción exclusiva, cuando rechaza y no la tenga, cuando la declare admisible. Máxime, cuando la Comisión puede aceptar un asunto y luego rechazarlo después de estudiarlo. Se refieren a la posibilidad prevista en el art. 29 de conformidad con el art. 27 del Convenio.

Véase Recueil des Textes, pp. 106-107.

Y Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, arrêt du 18 Juin 1971.

Voto particular Jueces Ross, Bilge y Voold.

(138) El artículo 48 dispone:

"A condición de que la Alta Parte Contratante interesada, si no hay más que una, o las Altas Partes Contratantes interesadas, si hay más de una, estén sometidas a la jurisdicción obligatoria del Tribunal o, en su defecto, con el consentimiento o el asenso de la Alta Parte Contratante interesada, si no hay más que una, o de las Altas Partes Contratantes interesadas si hay más de una, el Tribunal puede ser requerido:

- a) por la Comisión.
- b) por una Alta Parte Contratante, cuando la víctima es un nacional suyo.
- c) por una Alta Parte Contratante, que haya presentado el caso ante la Comisión.
- d) por una Alta Parte Contratante que haya sido demandada.

Recueil des Textes, pág. 112.

Esa plenitud de jurisdicción posibilita el conocimiento de "todas las cuestiones de hecho y de derecho" que se susciten en el curso del examen del asunto. Y, por tanto, las relativas a la interpretación y aplicación del artículo 26 que trata del agotamiento de los recursos internos. Porque ésta regla "delimita el dominio" en que los Estados han consentido en responder a las infracciones que se le reprochen. Y el Tribunal tiene que asegurar la observancia de estas disposiciones -que se refieren al Estado-, tanto como el respeto de los derechos y libertades individuales. Y el plazo de los seis meses del artículo 26 -a partir de la fecha de la decisión interna definitiva es una cláusula sobre el agotamiento de los recursos internos especial y un "factor de seguridad jurídica".

La plenitud de jurisdicción "ratione materiae" del Tribunal no es invalidada, como señalamos, por las facultades que el Convenio atribuye a la Comisión en materia de admisión de instancias (art. 27). La decisión en toda independencia de la Comisión sobre la admisión o no-admisión de una instancia no es susceptible de recurso. Pero una vez admitida la instancia, y, más tarde, elevada al Tribunal, la decisión de la Comisión no vincula sustancialmente al Tribunal, al igual que, tampoco, la vincula el "parecer" contenido en su Informe final sobre si "los hechos comprobados revelan... una violación" (art. 31) (139).

El Tribunal se consideró, pues, competente para conocer

(139) Véase Asunto de "Vagabundeo" en Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, pág. 209, párf. 6 Ibidem. "Conclusions".
Véase asimismo la segunda memoria presentada por el gobierno belga, pp. 227 y ss.

las cuestiones del no-agotamiento y de la dilación, presentación de "fuera de plazo" que se discutió en los casos concretos (140).

El Estado puede haber objetado la competencia del Tribunal en razón del no-agotamiento de los recursos (art. 26), y pese a ello, el Tribunal puede enterarse por la "actitud" adoptada por el mismo Gobierno durante el procedimiento ante la Comisión. El Reglamento del Tribunal prescribe (art. 46, párf. 1) que las "excepciones preliminares" han de ser planteadas "in limine litis" (141).

(140) Competencia del Tribunal para decidir sobre su propia competencia. En el Asunto Klass invoca Jurisprud. ant. pág. 13. Su Jurisprudencia anterior Asunto Vagabundeo. Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 12, pp. 29 y 30, párrfs. 47-54. Asunto de ciertos aspectos del régimen lingüístico de enseñanza en Bélgica, sentencia 9 de Febrero de 1967. Excepción preliminar. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 5, pág. 18. Y asunto "Handyside", sentencia 7 de Diciembre de 1976. Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 24, y por último Série A, n° 28, párf. 32, pág. 13, párf. 41, pág. 20. "Irlanda c. Gran Bretaña", sentencia 18 de Enero de 1978, Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 25, párf. 157, pág. 63.

(141) Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, párf. 6, pp. 205-206.

Cierto es que el procedimiento ante el Tribunal no es el mismo que el seguido ante la Comisión. Pero, el asunto es el mismo. Por eso, las excepciones deben presentarse antes ante la Comisión - en la medida de lo posible (142).

Cabe que el Estado renuncie al beneficio de la regla del agotamiento de los recursos internos, que protege el orden jurídico nacional. Si esa renuncia ocurre ante la Comisión no es congruente que luego el Gobierno la invoque ante el Tribunal (143).

-
- (142) Véase Memoria de la Comisión de 8 de Abril de 1970. Ibidem, párf. 8, pág. 21. Asimismo véase pp. 214 y ss. y pág. 229.
En el asunto "Winterwerp c. Países Bajos", el Tribunal exigió la formulación de la excepción del no agotamiento por parte del Gobierno "in limine litis", puesto que la desestimó porque el gobierno holandés no había presentado la citada excepción, en el procedimiento ante la Comisión.
Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 24 du Octobre 1979. Série A, n° 33, pp. 63 y 157.
En cambio respecto del recurrente, en este asunto, el Tribunal se inclinó en favor de la víctima, a la que no se le puede exigir el cumplimiento de un requisito estrictamente procesal si se le priva de asesoramiento jurídico. Ibidem, párf. 32, pág. 11.
- (143) Asunto n° 4448/70 en *Annuaire...*, XIII, pp. 131-133.
Asunto n° 5207/71, en *Annuaire...*, XIV, pp. 709-711.
Asunto n° 1994/63, "57 Habitantes den Lovaina c. Bélgica", en *Annuaire...*, VII, pp. 259-261.

En el procedimiento ante la Comisión, el Gobierno había aducido la excepción del no-agotamiento respecto a uno de los agravios en el asunto de Vagabundeo. La Comisión habiendo considerado mal fundado el agravio no se pronunció sobre la excepción. En el curso de los debates orales la Comisión interrogó al Agente del Gobierno sobre la posibilidad de impugnar ante el Consejo de Estado las decisiones del juez de paz en cuestiones de vagabundeo. La respuesta manifestó que la alta jurisdicción administrativa se estimaba incompetente, pero que "al menos" se hallaba "en curso" un procedimiento de esa naturaleza (144).

Y agregó que la decisión de un Ministro contraria a una "demanda de libertad" podía ser anulada por el Consejo de Estado. Pese a ello, el Agente gubernamental no invitó a la Comisión a rechazar las instancias por razón del no agotamiento (145). Y la Comisión declaró "admisibles" las peticiones, concluyendo en la inexistencia de medios de recursos internos disponibles (146).

(144) Véase la Segunda Memoria presentada por el Gobierno, en Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, pp. 227 y ss.

(145) Ibidem, párf. 128 in fine, pág. 72.

(146) Declaró que:
 "D'après les principes de droit international auxquels renvoie l'article 26 de la Convention un requérant est dispensé d'épuiser une voie de recours interne, si, en vertu d'une jurisprudence constante des instances nationales, cette voie n'offre aucune chance raisonnable d'aboutir".
 Ibidem, párf. 178, pág. 94.

Dos meses más tarde, el Consejo de Estado declaró admisible un recurso -distinto- de anulación contra la decisión de un juez de paz, alterando la jurisprudencia anterior. El Gobierno informó de ello a la Comisión y solicitaba, en una segunda decisión, la no-admisión de las demandas en litigio en virtud del no agotamiento (147). La Comisión rechazó esa petición, razonando que, en Derecho Internacional, no procede el agotamiento si una jurisprudencia interna constante no ofrece una oportunidad razonable de que un recurso determinado prospere. Y que el "elemento nuevo invocado" no justificaba el reexamen de la decisión (148).

-
- (147) Invocaba el Gobierno el cambio de los supuestos jurídicos de las reclamaciones, a partir de la decisión del Consejo de Estado en el asunto "Du Bois", y que ofrecía a los recurrentes la oportunidad de que se controlase la legalidad de las medidas controvertidas. Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, párf. 123, pág. 70.
- (148) La Comisión desestimando el argumento se remitió a los motivos de inadmisibilidad primitivos. Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, párf. 177, pág. 94. En igual sentido su práctica anterior véanse Asuntos n° 899/60 en *Annuaire...*, vol. V, pág. 145. Asunto "Irlanda c. Gran Bretaña" n° 6840/74 en *Décisions et Rapports*, 10, pp. 5 y ss. Asunto n° 7705/75 en *Décisions et Rapports* 9, pp. 196 y ss. Y en el Asunto de "Vagabundeo", ubl. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, pp. 94, 283, 307-308 y ss. Tesis del Gobierno. Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, 1969-1971, pp. 227-229, 280-283 y 302-304. En cuanto a la tesis de la Comisión *Ibidem*, pp. 210, 214, 280, 291-297.

Por su parte el Tribunal, analizadas tales condiciones, estimó que el Gobierno no se encontraba "forclosed" (precluido) y podía prevalecerse de la excepción del no-agotamiento respecto a las decisiones, en litigio, de los jueces de paz (149).

No ocurre lo mismo con la objeción de la dilación, presentación "fuera de plazo". El requirente acudió a la Comisión transcurridos más de seis meses después de la decisión interna (art. 26). Pero esta objeción no la invocó el Gobierno ante la Comisión, ni durante el procedimiento escrito ante el Tribunal. La presentó por vez primera en la fase oral de los debates: es decir, tres años más tarde de la decisión de la Comisión y más de un año después de iniciarse el proceso ante el Tribunal. En consecuencia, el Tribunal resolvió que el Gobierno estaba "forclosed" precluido respecto a la objeción de presentación "fuera de plazo". Lo mismo resolvió sobre la excepción del no-agotamiento respecto a las decisiones del Ministro de Justicia: por que, el Gobierno no la había invocado ante la Comisión, "no podía ha-

(149) "La Cour a compétence pour connaître de telles questions préliminaires pour autant que l'Etat en cause les ait soulevées au préalable devant la Commission dans la mesure où leur nature et les circonstances s'y prêtaient". Arrêt du 18 Juin 1971. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, párf. 47, 55, pp. 29-31. Véase asimismo Asunto "Artico". Arrêt du 13 Mai 1980. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 37, párf. 24. Véase asimismo párf. 37, pp. 24-25, párf. 56-57 pp. 31-32 y párf. 61-62, pp. 33-35.

cerlo por primera vez ante el Tribunal" (150).

-
- (150) Arrêt 18 Juin 1971, párf. 51, pág. 30.
 En cuanto a la excepción "ratione temporis" o por la presentación transcurrido el plazo de seis meses si el Estado no hubiese tenido la oportunidad de contestar una reclamación del recurrente por no haber sido presentada en la fase de la admisibilidad.
 Véase Arrêt Delcourt du 17 Janvier 1970.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 11, párf. 15, pág. 8, párf. 39-40, pp. 19-20.
 Arrêt Schiesser du 4 Décembre 1979. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 34, párfs. 20-21, pág. 10 y párfs. 39-41, pp. 16 y 17.
 Por último en el asunto "Artico" se pronunció sobre la preclusión.
 Arrêt du 13 Mai 1980. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 38, párfs. 28-29.

SEGUNDA PARTE

A. La carga de la prueba.

a) Principio general y su conformidad con el D.I.D.H.

La carga de la prueba del agotamiento de los recursos internos presenta un interés muy especial porque de ella dependerá, en definitiva, de la aplicación debida del principio establecido en el artículo 6 del Convenio, que consagra la "igualdad de las partes" en el procedimiento (Principio dell' *eugualianza delle armi*, *egalité des armes*, *equality of arms*, *Waffengleichheit*) (151).

En el D.I. ha tomado ya carta de naturaleza el principio procesal del "*onus probandi incumbit actori*"; (152) si bien el principio general ha sido interpretado en la práctica arbitral y en la jurisprudencial, de forma más amplia y flexible que por los tribunales internos, en razón de la ausencia de reglas jurídicas internacionales en esta materia y muy especialmente en lo que concierne a la distribución de la carga de la prueba.

(151) Cançado Trindade, A.A.: "The Burden of the Proof with regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law", en: *Revue de droits de l'homme*, 1976 pp. 81-121, aquí, pág. 99. Y Vitta, E., "Procedo civile e diritti dell'uomo", en: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile* 1977. n° II pp. 568-614, aquí: pp. 570-573.

(152) *Ibidem*, pp. 570-573.

El principio, como es sabido, proclama que la parte que plantea una cuestión litigiosa tiene que probar lo bien fundado de su alegación (153). Por tanto, el término de "actor" no se entiende aplicable a la parte demandada, sino que debe ser interpretado y atribuible a la parte que formula la alegación y a quien es en definitiva, el beneficiario de la acción (154).

El criterio indicado no fue aceptado siempre de forma indiscutible, pues basta recordar, en ese sentido, que la Comisión General de Reclamaciones de Méjico - EE.UU. negó la existencia en el orden internacional de las reglas procesales que presiden la carga de la prueba inspiradas en los sistemas del Derecho interno.

Por razones análogas, no deja de ofrecer ciertos riesgos la aplicación automática de la regla interna al D.I. de los derechos humanos (155).

(153) En este sentido: Amerasinghe, C.F., la parte interesada deberá: "adduce evidence", en: "State Responsibility for Injuries to Aliens", Oxford, 1967, Aquí, pág. 265.

(154) Trindade, A.A.: "The burden of proof rest upon the claimant who asserts to proof his assertion" en ob. cit. pág. 82. Y entre otros Witenberg, J.C.: "La theorie des preuves devant les juridictions internationales", en: Recueil de Cours de l'Academie de Droit International 1936 II. pág. 41. Ripert, G.: "Les regles du droit civil applicables aux rapports internationaux", en: Recueil des Cours de l'Academie de Droit International 1933, II, pág. 646.

(155) Cançado Trindade, A.A.: Ob. cit. pág. 110.

En este derecho específico es muy preciso tener en cuenta la distinta calidad de las partes intervinientes en la reclamación internacional. En este tipo de reclamaciones nos encontramos, en la mayoría de los supuestos, con protagonistas de naturaleza diferente:

- a) Con una parte demandante particular (individuo, grupo de individuos o bien organizaciones no gubernamentales), que ejerce el derecho de petición que le confiere el artículo 25 del Convenio.
- b) Frente a una parte demandada que es un Estado soberano.

La distinta calidad de las partes intervinientes presenta, pues, dificultades a la hora de observar el principio de la "igualdad de las partes" en el procedimiento previsto por el artículo 6 del Convenio.

En materia de Derechos humanos, al igual que en otros sectores del orden jurídico internacional, no es dable pensar en una aplicación directa del principio indicado tal cual es entendido por el Derecho interno.

Y no es aconsejable la aplicación estricta del mismo, porque la regla del agotamiento previo de los recursos internos puede favorecer a la parte de por sí más fuerte, es decir, el Estado soberano. Si la rígida aplicación de la regla interna tuviese lugar, la parte más débil se vería obligada a una doble carga: en primer lugar, al complejo y mecánico agotamiento previo de una gama muy variada de los recursos internos (salvo en ciertos supuestos, que veremos más adelante), y en segundo lugar también correría a su cargo el desarrollo de la prueba efectiva de dicho agotamiento.

Evidentemente el trato que se dispensase a las partes en el proceso sería de naturaleza desigual y llevaría a infringir el precepto básico establecido por el artículo 6, "cuya esencia consiste en la igual posición que deben encontrarse las partes en el proceso" (156).

Esta concepción sobre la regla interna no fue observada por la Comisión en la primera etapa de su actuación. En la práctica, la Comisión ha seguido dos orientaciones distintas en la aplicación del artículo 41 (6) y de la carga de la prueba. De 1955 a 1960, la Comisión interpretó con mucho rigor el texto del artículo 41.

En efecto la mayoría de los expertos de derechos humanos coinciden en calificar de "excesivamente rígida" la práctica observada por la Comisión, teniendo en cuenta las decisiones adoptadas en sus primeros 5 años de actividad.

b) El Reglamento de la Comisión y la interpretación teó-
rico-práctica.

La Comisión empezó a actuar el 5 de Julio de 1955, y en Septiembre de este mismo año se vió obligada a introducir modificaciones en su Reglamento interno, en virtud de la facultad que le confería a tal efecto el propio Convenio (arts. 36 y 34). Sucesivas modificaciones serían realizadas en julio de 1957 y en Junio de 1958 y en Enero a Diciembre de 1959.

(156) Vitta, E.: Ob. cit. pág. 572.
Recueil des Textes, pág. 108.

La modificación sustancial que introdujo una nueva práctica, en materia de la aplicación de la carga de la prueba, se lleva a cabo en 1960. (157). En esta fecha la Comisión rectificó su primera posición y adopta un criterio más flexible, conformándose con más agilidad a los principios que presiden la carga de la prueba de D.I. general.

Durante el primer periodo, la Comisión había rechazado numerosas reclamaciones individuales por no atenerse al concepto del no-agotamiento de los recursos internos, según prescriben los artículos 26 y 27 del párrafo 3°. A fines de Diciembre de 1957 se cifraban (158) en 76 las reclamaciones no admitidas por la Comisión en función del referido principio.

El primitivo artículo 41, párrafo 2°, del Reglamento interno de la Comisión establecía:

"A fines de la aplicación del artículo 26 del Convenio la parte debe probar que los recursos internos han sido agotados" (159).

(157) Eissen, M.A.: "Le nouveau règlement intérieur de la Commission européenne des droits de l'homme", en A.E.D.I. (1960) pp. 774 y ss.

(158) Eissen, M.A.: Ob. cit., pág. 774. El art. 36: "La Commission établit son règlement intérieur", y el art. 34 que le faculta para su modificación. La nueva redacción: Annuaire... vol. III, pág. 25. Annuaire... vol. I, pp. 137-258.

(159) Para consultar los textos véase Annuaire... vol. I, pág. 74. El art. 41 del Reglamento interno de la Comisión había sido aprobado el 2 de Abril de 1955. Véase Recueil des Textes, pág. 310.

c) A quien corresponde el deber, según el artículo 41 del Reglamento.

La parte a la que incumbe la prueba es, según la Comisión la "parte requirente". Este concepto se perfila con claridad en las siguientes: (160).

- Decisión de 30 de Mayo de 1956 (161):
"Qu'il appert que le requerant n'a pas epuissé les voies des recours internes, son appel étant encore pendant la Cour".
- Decisión de 31 de Mayo de 1956 (162): exigió al demandante la carga de la prueba del agotamiento de los recursos internos. En igual sentido se manifestó en el mismo año en los asuntos (n° 188/56, n° 23/56, n° 307/57) (163).

-
- (160) Asunto n° 226/56: "Le requerant n'a introduit aucun recours devant les autorités allemandes".
En: Annuaire, vol. I, pp. 142-143.
- (161) Asunto n° 115/55, en Annuaire..., vol. I, pp. 137-138.
- (162) Asunto n° 27/55, en Annuaire..., vol. I, pp. 138-139.
- (163) Annuaire..., vol. I, pp. 174 y ss. (Asunto n° 188/56) y Annuaire... vol. I, pág. 143 (Asunto n° 232/56). En los que la Comisión estableció que: "It's for the applicant to prove that he has exhausted every remedy available to him".

- Decisión de 6 de Marzo de 1957 (164): le requérant "n'a pas introduit contre la décision... le recours judiciaire que la loi lui accordait en sus du "recours hierarchique". En igual sentido decisiones de 15 de Julio de 1957, (165), 18 de Julio (166) del mismo año así como la del 20 de Julio (167) y 6 de Septiembre (168) y 16 de Diciembre (169).

El reclamante ante la Comisión europea estaba, pues, obligado a algo más que la mera alegación de haber agotado los recursos internos, ya que a la parte requirente - el Estado o particular - incumbía la carga de la prueba de haberlos agotado - el Estado o particular - (170). Esta interpretación realizada

(164) Asunto n° 181/56, en *Annuaire...*, vol. I, pp. 139-141.

(165) Decisión de 15 de Julio de 1957; Asunto n° 232/56, en *Annuaire...* vol. I, pp. 143-145.

(166) Decisión de 18 de Julio de 1957; Asunto n° 225/56, en *Annuaire...* vol. I, pp. 145-146.

(167) Decisión de 20 de Julio de 1957; Asunto n° 263/57, en *Annuaire...* vol. I, pp. 146-147.

(168) Decisión de 6 de Septiembre de 1957; Asunto n° 289/57, en idéntico *Annuaire*, vol. I, pp. 148-149.

(169) Decisión de 16 de Diciembre de 1957; Asunto n° 261/57, en *Annuaire...* vol. I, pp. 255-258.

(170) Spatafora E.: Ob. cit. pág. 109. Wiebringhaus: "La règle de l'épuisement préalable des voies des recours."

por la Comisión en aras al artículo 41 ha sido considerada contraria al espíritu de la Convención y en concreto al artículo 26 de la misma (171).

Esa aplicación rígida del principio no se oponía sólo al propio espíritu del Convenio, sino, también, muy especialmente a los intereses concretos del individuo, como parte más débil en el proceso. Porque llegaba a resultarle, en más de una ocasión, prácticamente un obstáculo insuperable el probar dicho agotamiento (172).

d) Crítica de la primera interpretación de la Comisión.

La doctrina ha criticado ampliamente la primera aplicación rígida de la regla hecha por la Comisión. Los razonamientos utilizados por diversos autores pueden sintetizarse del siguiente modo:

.../...

internes dans la Jurisprudence de la Commission Européenne des droits de l'homme", en A.F.D.I. (1959) pp. 685-704, aquí pág. 688.

(171) Antonopoulos, N.: "La jurisprudence des organes de la Convention Européenne des droits de l'homme". Leyden, 1967, pág. 68, nota 124.

(172) Vasak, K.: "Le Droit International des droits de l'homme" en R.C.A.D.I., La Haya 1973, t. III, pp. 345-415, y "La Convention européenne des droits de l'Homme". París 1964, pág. 114.

- 1) Incurría en un claro antagonismo con la "acción pública" establecida por la Convención (173).
- 2) Beneficiaba los intereses de los Estados que se veían doblemente protegidos:
 - a) por la propia regla del agotamiento y
 - b) por la atribución de la carga de la prueba al individuo particular. Sin embargo, este criterio no ha sido unánimemente admitido, porque como se ha dicho, tratando de justificar la postura de la Comisión: "la actitud de la Comisión no se puede criticar por rigidez, ya que se justifica en base a que la Comisión al aplicar el artículo 26, 1 c, procura defender la dignidad de los Estados y sus derechos frente a cualquier acto contrario a las leyes internas, respetando al mismo tiempo los derechos de los individuos". (174).
- 3) Violaba el principio de igualdad de las partes (art. 6 C.E.D.H.).
- 4) La desigualdad indicada se veía agravada por la falta de una interpretación uniforme de la regla. (175). Prueba de ello la encontramos en la inter-

(173) Antonopoulos, N.: Ob. cit. pp. 71 y 72. Vasak, K.: Ob. cit. pág. 379.

(174) Spatafora E.: Ob. cit. pág. 109, nota 27. Cançado Trindade A.A.: Ob. cit. pp. 101-104 y 110-111, y p. 82 y ss.

(175) Esta falta de uniformidad se veía incluso acentuada en la segunda fase (a partir de 1960).

pretación realizada por la Comisión en una demanda de carácter interestatal. Nos referimos al asunto Grecia contra Gran Bretaña con respecto a Chipre (176). Es preciso tener en cuenta que las partes en el litigio se hallaban en pie de igualdad por tratarse de Estados soberanos y a diferencia de la desigualdad que preside la mayoría de las reclamaciones suscitadas entre Estados e individuos.

La Comisión en su decisión de 12 de Octubre de 1957, invocando los principios de D.I. generalmente reconocidos estimó que correspondía al gobierno que alegaba el no-agotamiento el probar la existencia de recursos internos. La Comisión, gracias a la adopción de esta postura más flexible, facilitó de forma notable el cumplimiento de la carga del agotamiento, por parte del particular. Pues, en realidad, la desigualdad de las partes en el litigio se veía agravada no solo por la inexistencia de una jurisprudencia uniforme que hubiera orientado al particular sino por el hecho de que el individuo desconoce prácticamente los recursos que le incumbe agotar (de conformidad con el art. 26). Este desconocimiento puede ser utilizado por el gobierno demandado que alega, a menudo, bien el no-agotamiento o bien el incumplimiento del límite temporal establecido en el artículo 26. El plazo de seis meses a partir de la decisión interna definitiva de que dispone el particular para interponer su demanda ante la Comisión de Estrasburgo (177).

(176) Asunto n° 229/57, *Annuaire...*, vol. II, pp. 190-192.

(177) Antonopulos N.: Ob. cit. pág. 69.
Vasak, K.: Ob. cit. pág. 379.

Es loable por consiguiente, la solución que adopta la Comisión a fin de facilitar el cumplimiento de la carga de la prueba por el particular exigiendo que sea el propio Estado el que indique los recursos existentes en su ordenamiento interno y que deban ser agotados por el particular. Estas cuatro limitaciones señaladas se convierten, en más de una ocasión, en un obstáculo difícil de superar por parte del propio individuo (178).

En consecuencia la interpretación rígida no resulta aceptable. No solo ampara primordialmente los intereses del Estado frente a los del individuo particular (179), sino que, a su vez, pierde de vista el objetivo básico del recurso internacional en la materia, consistente en la protección de los derechos humanos.

La solución posible y más aconsejable es analizada, más adelante, al examinar las perspectivas del futuro de la regla en cuestión. Cabe anticipar ya que su esencia estriba en una interpretación más atenuada de la regla, y en la distribución más equilibrada de la carga de la prueba entre las partes en litigio.

e) Nueva redacción del Reglamento y sus características esenciales.

La práctica y las críticas expuestas habían de llevar

(178) Vasak, K.: Ob. cit. pág. 379.
Cassese, A.: Ob. cit. pág. 59.

(179) Vitta, E.: Ob. cit. pág. 579.

a la Comisión a un reexamen de su postura y a aligerar la carga de la prueba que recaía sobre el requirente, mediante la modificación del texto primitivo del artículo 41.

La Comisión intentó paliar las dificultades que surgieron en perjuicio de los interesados individuales y redactó de nuevo en 1960 el artículo 41 en la forma siguiente: "La parte requirente debe proporcionar los elementos que permitan establecer que las condiciones del artículo 26 del Convenio se encuentran cumplidas" (180). Se continuó manteniendo el plazo anterior de los seis meses, a partir de la fecha en que fuese dictada la decisión interna definitiva.

El objetivo fundamental de la renovada redacción consistía en lograr una mayor equidad en la puesta en práctica de la obligación básica del previo agotamiento de los asuntos internos.

La nueva redacción se considera como la mejor respuesta a la orientación claramente liberal que había adoptado la Comisión sobre la materia (181).

Se fue generalizando la opinión de que la defensa más equitativa de los Derechos humanos recababa una aplicación más flexible de los principios generales, a fin de solucionar de forma más adecuada y más justa los litigios en los casos con-

(180) Art. 38 (2) en: *Annuaire...* vol. III, pág. 25, *Recueil des Textes*, pág. 310.

(181) Eissen, M.A.: *Ob. cit.* pág. 774.

cretos en que se hallaban en juego los intereses fundamentales de la persona humana. La Comisión fue otorgando una mayor flexibilidad empírica a la carga de la prueba. Así se alcanzó una solución más equilibrada del "onus probandi", en razón del artículo 27 párrafo 3º del Convenio. De este modo, la práctica de la Comisión se ajustaba más a la esencia misma de los Principios del Derecho generalmente reconocidos. La carga de la prueba había de recaer sobre la parte que suele invocar el no-agotamiento, esto es el Estado, o bien sobre el individuo en el supuesto de que hubiese alegado su agotamiento (182).

La nueva orientación presenta las características esenciales siguientes:

1. La carga de la prueba recae sobre la parte que la invoque (183) "onus probandi incumbit actori" "onus probandi incumbit ei qui dicet" (184).

2. A los requirientes individuales se les exigirá únicamente lo que la Comisión califica de "evidencia prima facie", "commencement de preuve" o "prima facie evidence" (185).

(182) Asunto n° 232/56. *Annuaire...*, vol. I, pág. 143.
Recueil des Textes, pág. 108.

(183) Rutiloba, E.: *Ob. cit.* pág. 312.

(184) Cançado Trindade, A.A.: *Ob. cit.* pp. 82 y 89 y ss.

(185) *Ibidem*, pp. 82 y 92.

3. Continuará siendo insuficiente la alegación pura y simple (186), la mera afirmación, ya que el requirente debe aportar un comienzo de prueba, "commencement de preuve", o bien de haber agotado los recursos internos (187), o bien de la concurrencia de circunstancias especiales que le eximen de dicha obligación (188).

4. Queda establecida una garantía adicional a favor del individuo ya que la misión de salvaguardia de los Derechos humanos encomendada a la Comisión, le faculta para proceder "ex officio" a la investigación: (189).

a) del agotamiento.

b) o de la existencia de circunstancias especiales.

Es decir, la Comisión queda por consiguiente, limitada por la prueba que le haya sido presentada por las partes. Sin embargo como contrapartida se reserva la facultad de declarar, si lo juzga necesario, inadmisibile una reclamación por el no-agotamiento de los recursos internos.

(186) Wiebringhaus H.: Ob. cit. pág. 689.
Cançado Trindade, A.A.: Ob. cit. páf. 92.

(187) Cançado Trindade, A.: Ob. cit. pág. 92.
Ruiloba E.: Ob. cit. pág. 312.

(188) Spatafora, E.: Ob. cit. pág. 109.
Ruiloba, E.: Ob. cit. pág. 314 y 317.
Amerasinghe, C.F.: Ob. cit. pp. 283 y 293.

(189) Amerasinghe, C.F.: Ob. cit. pág. 273.
Ruiloba, E.: Ob. cit. pág. 316.

5. La Comisión aplica el principio de distribución de la carga de la prueba entre las partes en litigio (190).

6. En el supuesto de renuncia por parte del Estado al beneficio del artículo 26, la Comisión generalmente no procede al examen del agotamiento o bien no prosigue el mismo si lo hubiera iniciado (191).

1. Quien la alega.

Analizaremos ahora estas características o nuevos rasgos apuntados de la práctica de la Comisión desde 1960.

La primera característica de la innovación hace recaer el "onus probandi" en la persona o sujeto procesal que alega la excepción ("incumbit qui dicet"). En este sentido el Tribunal de Estrasburgo declaró en su sentencia de 18 de Junio de 1971:

"El gobierno que alega la excepción debe de iniciar los medios que, a su juicio, se encontraban a disposición del interesado y que podían haber sido utilizados" (192).

(190) Ruiloba, E.: Ob. cit. pág. 312.
 Cançado Trindade, A.: Ob. cit. pág. 89.
 Amerasinghe, F.: Ob. cit. pp. 276-277.

(191) A partir de 1964 véase Cançado Trindade, A.A.: Ob. cit. pág. 177.

(192) Asunto De Wilde, Ooms y Versyp, en cuanto al fundamen-

Ya habíamos visto como esta postura había sido adoptada en el segundo asunto Chipre, Grecia contra Gran Bretaña; el tribunal estimó que:

"de conformidad con los principios de D.I. generalmente reconocidos corresponde al gobierno que alega el inagotamiento probar la existencia de dichos recursos".

En igual sentido se pronunció en el Asunto Alam Khan contra Gran Bretaña: "... corresponde ... que presenta la excepción probar la existencia en su ordenamiento jurídico interno de un recurso que no ha sido agotado".

Este criterio nuevo básico del Tribunal se refleja, igualmente, en otras sentencias que presentan matices jurídicos dignos de atención singular.

En el asunto de "Grecia contra Gran Bretaña" sobre Chipre (193) y en el litigio "Alam Khan contra Gran Bretaña" (194) se señala el deber del Estado de "probar la existencia de los

.../...

to de la excepción de inagotamiento de los recursos internos. Sentencia 18 de Junio de 1971. Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Série B, 1971, pág. 60.

(193) Asunto Chipre, Grecia contra Gran Bretaña: véase Cançado Trindade A.A.: Ob. cit. pág. 92 y nota y ss.

(194) Asunto n: 2991/66 "Alam Khan contra Gran Bretaña" en Recueil des Décisions, vol. 24, pp. 116 y ss.

recursos", cuyo no-agotamiento había sido alegado (195).

Esta orientación innovadora del Tribunal se extendió, a su vez, a la propia Comisión. Cabe citar, concretamente, el asunto de "Austria contra Italia" (196), en el que se planteó la excepción del no agotamiento y la Comisión resolvió que los Estados no solo estaban obligados a precisar la existencia de los recursos invocables en el caso concreto -Estado demandado- sino que tenían, asimismo, que presentar "los elementos de prueba" de haberse agotado efectivamente el recurso utilizado - Estado demandante -. (197).

La doctrina comparte, favorablemente, el concepto innovador practicado por el Tribunal y la Comisión, considerándolo más en armonía con los principios generales de Derecho procesal internacional.

"Quien alega, ha de probar los hechos alegados" (198), visión que es compartida por la mayoría de la doctrina (199).

(195) En la Decisión 12 Octubre 1957, Asunto n° 299/57 en *Annuaire...* vol. II, pp. 191-193.

(196) "Austria contra Italia", Asunto n° 788/60. Report of the Plenary Commission on the Austria contra Italia. Aprobado el 31 de Marzo de 1963. Consúltese N.A. -84-548, Estrasburgo 1963, pág. 57.

(197) Antonopoulos, N.: Ob. cit. pág. 68, nota 124.

(198) Antonopoulos N.: Ob. cit. p. 68, nota 124.

(199) Fawcett J.E.S.: "The exhaustion of Local Remedies. Substance or Procedure? En: *British Yearbook of International Law*. 31. (1954) pp. 452-458, aquí pág. 458. Castberg, E.: Ob. cit. pp. 41-50. Ruiloba, E.: Ob. cit. p. 312.

Se ha afirmado que "existe una atribución directa de la carga de la prueba a la parte que la formula" (200).

"La alegación del inagotamiento de los recursos internos viene acompañada de la carga de probar la existencia de recursos abiertos y prima facie adecuados para la 'reparación del daño'".

Ahora bien, puede darse el caso de que el Estado haya probado la existencia de recursos adecuados y efectivos que la persona jurídica o el individuo particular no hayan realmente agotado. Este supuesto ha sido contemplado por la jurisprudencia que estableció un criterio específico conforme al cual el individuo que no hubiese agotado los recursos que el ordenamiento interno pone a su disposición tendrá la obligación "de probar la concurrencia de circunstancias especiales que le eximan de dicho agotamiento". (201) Naturalmente, tratándose de recursos internos, se formula, a su vez, otra cuestión jurídica importante que analizamos más adelante: su efectividad (202).

2. Comienzo de prueba.

La segunda característica señalada antes es la exigencia relativa al "comienzo de prueba" según la terminología jurisprudencial.

(200) Ruiloba, E.: Ob. cit. pág. 314.

(201) Fawcett, J.E.S.: Ob. cit. pág. 300.

(202) Este tema será analizado al estudiar las circunstancias especiales.

Inicialmente la Comisión exigía al requirente la presentación de documentos de prueba aptos para demostrar plenamente el agotamiento. Esta obligación fue establecida en múltiples decisiones. (203) Y a partir de la innovación comentada la Comisión se va a conformar con que esta parte que alegue la excepción del no-agotamiento presente un "comienzo de prueba" o testimonio de forma evidente el hecho de haber procurado de buena fe el agotamiento prescrito de los recursos en cuestión. Esta es la "evidencia prima facie" ¿Que se entiende por "comienzo de prueba" o "evidencia prima facie"?

La Comisión abordó la cuestión al decidir la inadmisibilidad del asunto por no-agotamiento de los recursos internos. Declaró la inadmisibilidad en base a que el requirente no había presentado "le moindre commencement de preuve", "least prima facie evidence", y por consiguiente faltaba la prueba necesaria que sirva de fundamento de sus reclamaciones (204) ya que se le exige únicamente una prueba inicial, incoada, indicativa o provisional que sirva de base a sus alegaciones. Como dice Ruiloba "el contenido de la carga -de la prueba- no va más allá de lo necesario". Se trata, agrega, "de un principio de prueba provisional e incompleta, pero indispensable" (205).

(203) Asunto n° 252/57, Decisión 20 de Julio de 1957.
Asunto n° 188/56, en *Annuaire...*, vol. I, pág. 174.
Asunto n° 232/56, en *Annuaire...*, vol. I, pág. 143.

(204) Demanda n° 852/60, en: *Recueil cit.* vol. 6, pp. 83-84.
Ruiloba, E.: *Ob. cit.* pág. 312.

(205) *Ob. cit.* pág. 313.

Por tanto, la alegación pura y simple rechazada por la Comisión como prueba insuficiente. En su decisión de 24 Septiembre de 1963 (206) declaró textualmente:

"pareille affirmation - la mera afirmación del interesado - ne saurait cependant équivaler à la preuve indispensable, car elle ne s'appuie sur aucun élément de nature à corroborer" (207).

Precisamente en un litigio en el que un supuesto delincuente fue tratado como verdadero infractor y culpable durante el periodo de su detención, la Comisión no vaciló en declarar que ese trato provisional "aumentaba la violación del artículo 6, párrafo 2º que se asienta en la presunción de la inocencia del acusado" (208).

(206) Asunto 1474/62. Decisión del 24 de Septiembre de 1963, en: Recueil... vol. 12 p. 27. Véase pp. 18 y ss.

(207) En el asunto 22/56. La Comisión estableció: "Il lui appartient d'apporter la preuve du bien fondé de ses allégations, en prouvant... "en Annuaire..., II, pág. 344.

(208) Asuntos nº 5577/72 "Gerald Donnelly J. y otros contra Gran Bretaña" en Recueil des Décisions, vol. 43, pág. 148.
Cançado Trindade, A.A.: Ob. cit. pág. 100.

En este sentido, merece recordarse la decisión de 5 de Abril. Cuando la Comisión estimó que la prueba aportada por los requirentes podía ser calificada "prima facie", de aceptable, (209) porque servía de fundamento de sus alegaciones (210).

Se trataba de la existencia de una práctica administrativa que violaba el artículo 3 que prohíbe la tortura y los tratamientos inhumanos. Esta declaración equivalía, por tanto, a que la regla del agotamiento no se había de aplicar rigurosamente a la parte de las demandas que aducían daños corporales, materia que podía depender directamente del examen de fondo de caso concreto. Como hemos de ver más adelante, esta actitud humanitaria de la Comisión se relaciona con la inoportunidad de la excepción del no-agotamiento cuando concurren "circunstancias especiales".

(209) Vasak, K.: señala que según el art. 38 pfº 2 del Reglamento interno de la Comisión, una jurisprudencia liberal exige: "los elementos que permitan establecer" el agotamiento de los recursos internos en: Ob. cit. pág. 380.

(210) Cançado Trindade A.A., en sus conclusiones, estima que a partir de la nueva redacción del art. 41 los requirentes han sido obligados a aportar únicamente "prima facie evidence" de conformidad con los principios de D.I. generalmente reconocidos en: Ob. cit. pág. 100.

Trechsel S., indica que se plantean mayores dificultades en los supuestos de los requirentes que se encuentran privados de su libertad o reclusos en establecimientos psiquiátricos. En estos casos, en que el gobierno requerido a través de las citadas instituciones puede obstaculizar la presentación de la prueba, a falta de esta presentación "commencement de preuve", quedaría sin protección las víctimas. El autor propone la designación de

La Comisión estima, en determinados asuntos como el que acabamos de hacer referencia, que la cuestión del no-agotamiento deberá ser examinada con posterioridad y por tanto dependerá, en definitiva, del examen que realiza del fondo del asunto. Por consiguiente "la parte que alega la excepción debe aportar una prueba prima facie de la existencia de recursos inagotados. La oposición de la parte contraria comporta la carga de la prueba del agotamiento de los recursos alegados por el Estado demandado o de su ineficacia o insuficiencia" (211).

Al margen de la "prueba prima facie" (212) es bien notorio que la prueba más fehaciente y plena que puede presentar el requirente es la presentación de la decisión interna definitiva. Entre esta prueba definitiva y la indicativa o provisional que se deriva de la nueva redacción del artículo 41 puede decirse que se da un amplísimo margen interpretativo a la estimación de los casos concretos por el Tribunal y la Comisión. Por ello, como dice Ruiloba, la exigencia del artículo 41 establece "más que onus, un auténtico requisito de prueba a cumplir exclusivamente por la parte demandante" (213).

.../...

un ombudsman especializado con libre acceso a los establecimientos de detención o reclusión. Véase: "L'établissement des preuves devant la Commission européenne des Droits de l'homme" en: "La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles". Troisième Colloque du Département des Droits de l'homme Centre d'Etudes Européennes. Bruselas 1971, pp. 128-129.

(211) Ruiloba, E.: Ob. cit. pág. 327, punto 36.

(212) Chapez, J.: "La règle de l'épuisement des voies de recours internes". París 1972, pág. 199".

(213) Ruiloba, E.: Ob. cit. pág. 313.

Claro está que la Comisión había de perfilar en términos prácticos el alcance de la innovación introducida en el artículo 41. En este sentido importa subrayar el pensamiento manifestado en el asunto de "Irlanda contra Gran Bretaña" respecto a la cuestión de la determinación de los elementos de la prueba. Se sirve del mismo criterio que utilizó en el asunto "Grecia contra Gran Bretaña" (214).

Es el criterio de la prueba suficiente que llega a colmar cualquier duda razonable (215). Este criterio que supone la superación de la duda razonable fue bien esclarecido por el Tribunal en su sentencia de 18 de Enero de 1978. La idea expresada sobre la apreciación de los elementos de prueba implica el principio de prueba que lleva "*au-delà de tout doute raisonnable*" (216).

El pensamiento innovador supone, según la Comisión, que la prueba "*peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutés, suffisamment graves, précis et concordants. Le comportement des Parties lors de la recherche des preuves*".

Y en el asunto el supuesto contemplado se refería a

(214) Annuaire 1969, pág. 196, párrafo 30.

(215) "Irlanda contra Gran Bretaña", Sentencia 18 Enero 1978, en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 25, pp. 55-56.

(216) "Grecia contra Gran Bretaña", en Annuaire..., 1969, pág. 196.

"Irlanda contra Gran Bretaña" (217) reclamación que plantea a la cuestión de interés general sobre la compatibilidad con la Convención de las medidas legislativas o prácticas administrativas internas. Se trataba de una materia en la que la Comisión, de conformidad con su jurisprudencia consideraba inaplicable la regla del agotamiento.

De conformidad con la postura adoptada por la Comisión "no basta la alegación de la existencia de dichas medidas o prácticas administrativas" incompatibles con la Convención para excluir la aplicación de la regla del agotamiento. Es preciso, además, que en razón de dicho fundamento, que sea demostrada la existencia real de tales medidas mediante una "evidencia substantiva" (218).

(217) "Irlanda contra Gran Bretaña, Sentencia 18 Enero 1978, en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, vol. 25, pp. 55-56. Asunto n° 5310/71, Irlanda contra Gran Bretaña. Anexos I y II al Informe de la Comisión aprobado el 25 de Enero de 1976 Consejo de Europa, Estrasburgo 1976, pág. 115 y en Annuaire..., XV, pp. 80 y ss.

(218) En el mismo sentido se expresó la Comisión en el primer Asunto Griego. En este caso la Comisión estimó que, recordando lo establecido en el primer asunto de Chipre, la regla del agotamiento no se aplicaba a las alegaciones de violación del art. 3, en este asunto las alegaciones del Gobierno no podían ser rechazadas en base a la no existencia de "prima facie evidence" en Annuaire..., vol. II, pp. 690, 726, pp. 730, 768-770.

En el asunto de referencia (Irlanda contra Gran Bretaña) (219) la Comisión consideró que "una vez examinadas las alegaciones de ambas partes, no estima que el gobierno requirente haya aportado una "substantial evidence" para demostrar la existencia de la práctica administrativa alegada por el Gobierno requirente.

La Comisión declaró inadmisible aquella parte de la reclamación que en razón del artículo 27 (3), se basaba en el agotamiento de los recursos existentes porque el agotamiento no se había probado y efectuado de conformidad con el ordenamiento jurídico de Irlanda del Norte.

Sin embargo, la Comisión estatuyó que el Convenio, artículo 27 (3), exige la aplicación de la regla en el modo establecido en el artículo 26, (exigencia del agotamiento) para cualquier reclamación presentada en base a los artículos 24 y 25.

3. Circunstancias especiales.

Otra de las características esenciales de la innovación del artículo 41 se refiere a las "circunstancias especiales"

(219) La Comisión estimó asimismo que debido a que la reclamación de Irlanda se basaba en la violación del tratado, es decir, el Gobierno requirente exigía ejecución del Convenio y por tanto que en este asunto, y de conformidad con los principios generales de D.I. la regla del agotamiento no se aplicara, Asunto n° 5310/71 Ibidem pág. 115.

que eximen al requirente, realmente, de la aplicación de la regla del agotamiento pleno de los recursos internos. Dada la importancia de esta circunstancia singular, le tratamos más adelante en detalle (220).

4. Investigación "ex officio".

Muy interesante es, también el cuarto rasgo indicado del "examen de oficio" por la Comisión que se perfila, ahora, mejor en la práctica del Convenio.

La Comisión no queda ya vinculada, sin más, por las pruebas aportadas por las partes. Está facultada para proceder de oficio a la investigación que considere necesaria a fin de esclarecer bien la cuestión, en concreto, del agotamiento de los recursos internos.

Esa práctica es extraordinaria en la jurisprudencia internacional. Y este hecho original no ofrece lugar a duda alguna. En efecto, en los Asuntos n° 214/56 de 9 de Junio 1958

(220) Sulliger, D.: "L'épuisement des voies de recours internes en droit international general et dans la Convention Européenne des droits de l'homme". Lausana 1979, pp. 122 y ss. Amerasinghe, C.F.: "The rule of Exhaustion of Domestic Remedies in the Framework of international System for the protection of human rights" en" Zaorv, 1968, pp. 266 y ss.

Cassese, A.: "Le droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme en "Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme". Bari 1974. y "Sul funzionamento del sistema dei ricorsi individuali alla Commissione europea dei diritti dell'uomo", en Riv. Dir. Int. 1974, n° 3, pp. 548-566.

(221) y n° 514/59 de 5 de Enero 1960 quedó bien claro que la Comisión es libre de "declarar inadmisibile", en determinados supuestos, una reclamación concreta por no haberse dado como era debido el agotamiento de los recursos internos (227). Y lo que es más peculiar aún es que la Comisión puede hacer uso de esa facultad "incluso en el supuesto de que la excepción no hubiese sido alegada por el gobierno demandado (223).

La comentada facultad extraordinaria de la Comisión fue objeto de explícita confirmación y diáfano desarrollo en el asunto Nielsen en 1961 (224).

No sólo reiteró la facultad de principio, sino que la enjuició como un deber procesal. La Comisión manifestó textualmente:

(221) Asunto 214/56 Decisión 9 de Junio de 1958: "It was incumbent upon itself to verify of the requirement of the exhaustion of local remedies according to generally recognized principles of international law had in the case been complied with". Véase Asunto "De Becker c. Bélgica" en Annuaire, II, pp. 214 y ss.

(222) Asunto 514/59 "X c. Austria" en Annuaire... vol. II, pág. 237. en Recueil..., vol. 2, pág. 3.

(223) Danelius H.: "Conditions of admissibility in the European Commission of Human Rights", en Revue des droits de l'homme 1969, pág. 289.

(224) Asunto n° 343/57, "B. S. Nielsen c. Dinamarca", Informe de la Comisión de 15 de marzo de 1961, Estrasburgo 1961, pág. 45.

"es deber de la Comisión, investigar de oficio si goza de competencia en cada caso concreto para examinar la reclamación de conformidad con las facultades que le han sido conferidas por el Convenio" (225).

La idea de que se trata no solo de una facultad, sino a su vez, de un deber es reiterada en el asunto n° 3518/68 (226) y en el asunto de Becker (227).

La Comisión proclamó, entonces, que tienen "la facultad y el deber" de investigar ya sea de oficio o ya sea a "instancia de la parte interesada" si el individuo particular ha sido o no "obstaculizado en el ejercicio del derecho de petición" (art. 25) (228). Y en el asunto 514/59 X contra Austria

(225) Asunto 343/57 "B.S. Nielsen c. Dinamarca" Informe de Commission, 15 de Marzo 1961, Estrasburgo 1961. pág. 45.

(226) Asunto n° 3591/68 "X c. Austria" Decisión de febrero 1970: en Recueil des Décisions... vol. 31, pág. 45.

(227) Asunto n° 214/56 "De Becker c. Bélgica" en su Decisión de 9 de Junio de 1958 se declaró: "compete a la Comisión el comprobar si los recursos internos han sido agotados de conformidad con los principios de D.I." en Annuaire..., vol. II, pág. 237.

(228) Art. 30 (1). La Comisión está facultada para llevar a cabo, de oficio o a petición de una de las partes, todos los actos que considere necesarios o útiles para una buena ejecución de las tareas que le han sido confiadas por el Convenio. Recueil des Textes, pág. 308.

(229) en 1959 se confirmó el mismo criterio: "es deber de la Comisión si el requisito del previo agotamiento ha sido realizado" (230).

Por último es preciso tener en consideración la práctica introducida por la Comisión a partir de 1964 en los supuestos de renuncia.

(229) Asunto 514/59 "X contra Austria", Decisión 5 de Enero 1960, en Recueil des Décisions... vol. II, pág. 3.

(230) La Comisión, para el establecimiento de los hechos, ha tendido a combinar dos sistemas. "a blend of the accusatorial presentation by the parties and the inquisitorial ex officio inquiries systems, sometimes with a marked preference for the latter". Cançado Trindade A.A.: Ob. cit. pág. III. Trechsel S., nos indica que el procedimiento que se desarrolla ante la Comisión no se limita a la aceptación de las alegaciones de las partes ya que si bien a éstas corresponde la carga de la prueba, la Comisión debe investigar para dilucidar la verdad material de los hechos deberá investigar la autenticidad de las pruebas presentadas y puede solicitar de oficio, incluso el propio relator, información que recaba tanto del gobierno demandado.

Señala asimismo el carácter mixto del procedimiento que se celebra en la Comisión a efectos de la presentación de la prueba. Carácter mixto porque se sigue en parte el procedimiento penal y civil anglosajón y por otra el procedimiento penal continental en materia de administración de la prueba. Véase Trechsel "La presentation de la preuve et la sauvergarde des libertés individuelles". Bruselas 1977, pp. 121-142 y en concreto 127-128.

El examen de oficio, para comprobar el cumplimiento de la obligación del agotamiento de los recursos por parte del requirente, ha sido motivado y aplicado con gran amplitud por la Comisión, hasta el punto de que ya se utiliza ahora una expresión típica que caracteriza el hecho. Se ha calificado de "Principio de investigación ex officio". Decisiones de 31 de Mayo de 1956 y de 6 de Marzo de 1957 (231). La Comisión puede examinar si concurren en el caso concreto ciertas circunstancias particulares que no hayan sido invocadas por el requirente, e incluso puede hacer investigar por su cuenta si la regla del previo agotamiento era o no aplicable o hubiese sido o no "cumplida".

El examen de oficio se materializa, de forma muy precisa en otra de las circunstancias de la moderna aplicación del artículo 41: el principio de la distribución de la carga de la prueba. El principio había sido bien definido, anteriormente, en 1953 por el T.I.J. que estableció en el asunto de *Minquiers y Ecrehos* (Gran Bretaña contra Francia) (232) que la carga de la prueba "correspondía a ambas partes", debiendo cada una probar su respectiva alegación. El T.I.J. reafirmó su postura en sucesivas ocasiones.

(231) Decisión de 31 de Mayo de 1956: en el asunto n° 27/55. En *Annuaire*, vol. I. Decisión de 6 de Marzo del mismo año en el asunto 181/56 *Annuaire*..., vol. I, pp. 139/141, y decisión de 6 de Marzo de 1957, en el asunto 199/56 en *Annuaire*..., vol. I, pág. 141.

(232) *Minquiers y Ecrehos*, T.I.J.: ICJ Reports 1953, pp. 67 y 52. Otros asuntos en que el Tribunal reafirmó el principio: Asunto del "Asilo entre Colombia y Perú: "La carga de la prueba corresponde a la parte que alega la existencia de la costumbre regional". I.C.J. Reports 1950, pág. 276.

El principio se ha convertido, también, en norma práctica en la aplicación del D.I. de los derechos humanos. La tendencia a una auténtica distribución de la carga de la prueba se manifiesta en beneficio de los requirentes individuales tanto en las decisiones de la Comisión, como en la práctica del Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas (233).

5. Distribución de la prueba.

La Comisión europea ha aplicado dicho principio obligando a un reparto equitativo entre las partes interesadas en el litigio.

El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas faculta al Comité para examinar la comunicación de un particular teniendo presente las informaciones presentadas por ambas partes (art. 5 (234) pfo. 7 a). En consecuencia la regla de la distribución de la carga de la prueba se está erigiendo en norma general internacional que no es solo escrupulosamente aplicada en relación al Convenio, sino, también por los órganos específicos de las Naciones Unidas que amparan al individuo.

(233) "What the Commission has done is to have acknowledged and applied the principle of the division of the burden of prove between the contending parties by virtue of which in the course of the proceedings the party who makes an assestion is bound to prove it". Cançado Trindade A.A., ob. cit. pág. 93.

(234) Vasak, K.: Ob. cit. pág. 380.

En fin, la aportación de la prueba no corresponde exclusivamente al requirente sino a ambas partes en el litigio.

6. Renuncia.

El sexto rasgo característico de la práctica innovadora de la Comisión contempla el supuesto de la renuncia del Estado a su derecho de alegar la excepción del no-agotamiento: Como es sabido, las condiciones o requisitos cuyo cumplimiento es necesario para la admisibilidad de la demanda, han sido incorporados en el artículo 26 del Convenio, que trata de proteger los intereses de la parte demandada; la Comisión entiende que los Estados contratantes son los más calificados para juzgar la conveniencia u oportunidad de prevalerse de dicho beneficio (decisión de 5 de Marzo de 1964). La explicación dada pone en evidencia el fin primordial para el que fue establecido el artículo 26; la protección de los "sistemas jurídicos internos" (235).

(235) Decisión de 5 de Marzo de 1964: "57 habitantes de Lovaina y Cercanías contra Bélgica", Asunto n° 1994/64, en *Annuaire...*, vol. III pág. 260 y pág. 252. Trechsel S., indica que el recurrente deberá establecer los hechos que estime que constituyen una violación y el Gobierno requerido deberá probar los hechos a fin de justificar su ingerencia. En ob. cit. pp. 131-132. En el asunto "Lawless" el juez Waldock declaró que la carga corresponde al Estado que deberá justificar ante la Comisión que la medida de restricción impuesta al Convenio fue la estrictamente requerida por las exigencias de la situación de emergencia. El momento que se debe apreciar es en el que se impuso la medida. Asunto Lawless, Publ. Cour. Eur. D.H. Série B. 1960-1961, pág. 114. Parf. 106 del Informe de la Comisión invoca el Asunto Griego. Voto Particular de Susterhenn. En *Annuaire*, vol. XII, pág. 110.

Naturalmente, el Estado demandado puede beneficiarse de dicha regla o renunciar de forma expresa o tácita a su aplicación. Y la Comisión ha reconocido esta libertad discrecional del Estado de forma que (236) "puede manifiestamente renunciar a tal beneficio en el supuesto que solicite a la Comisión que se pronuncie sobre la admisibilidad. (237). La Comisión no ha hecho más que respetar el deseo del Gobierno demandado que había declarado de modo expreso, su renuncia a la aplicación de la regla.

El supuesto de la renuncia por parte del Estado demandado ha sido perfeccionado gradualmente por la Comisión. En la actualidad se puede considerar que la Comisión ha optado por no aplicación de la regla del agotamiento en dos casos muy claros:

- 1) Cuando el Gobierno demandado renuncia expresamente,
- 2) Cuando el Gobierno interesado no ha invocado de manera explícita, la excepción (238).

(236) Antonopoulos N., ob. cit. pág. 69.

(237) Decisión de 5 de Marzo de 1964. Asunto n° 1994/63 en Annuaire... vol. VII pág. 252. En igual sentido Asunto n° 1772/1962, véase Recueil des décisions, n° 12, pág. 45.

(238) Asunto 1994/63: "Asunto 57 habitantes de Lovaina y cercanías contra Bélgica", en: Annuaire..., vol. VII, pp. 260-262.

Esta práctica introducida por la Comisión e intensificada a partir de 1964, ha sido calificada y supone, en realidad, "un gran progreso". Ahora bien no se puede olvidar que esta práctica si bien constituye la tónica general no impide que la Comisión continúe estando facultada para declarar inadmisible cualquier asunto en razón del no-agotamiento incluso en el supuesto de que mediase "renuncia del Gobierno demandado" (239). Este juicio ha sido corroborado por la propia Comisión que en determinados asuntos ha proseguido el examen del agotamiento o no-agotamiento, pese a la voluntad explícita contraria del Estado.

Baste señalar una de sus decisiones más concluyentes sobre este tema. En el asunto de Isop contra Austria se dice textualmente:

"La Comisión en cualquiera de estos supuestos permanece libre para declarar la inadmisibilidad de un asunto por el no-agotamiento de un recurso que no ha sido alegado por el Gobierno" (240).

(239) Cancado Trindade, A.A.: Ob. cit. pág. 99.

(240) Asunto "Isop contra Austria", Asunto n° 808/60, en: "Recueil des décisions...", vol. 8, pp. 80-90. La demanda fue declarada inadmisibile en base a otro requisito del art. 27 del C.E.D.H., ya que la Comisión estimó que la reclamación estaba mal fundada. Danelius H., "Conditions of Admissibility in the Jurisprudence of the European Commission of Human Rights" en" Revue des droits 1969, pp. 287-289. Aquí 289.

En el asunto n° 1727/1962 la Comisión se expresó en los siguientes términos:

"... nada hubiese impedido a la Comisión investigar ex-officio como suele hacerlo con frecuencia que las condiciones del artículo 26 hubiesen sido cumplidas en el asunto concreto, salvo si el Gobierno belga hubiera manifestamente renunciado al beneficio de dicho artículo" (241).

Podemos, por tanto, afirmar que el individuo queda liberado de la carga de la prueba del agotamiento si el Estado demandado no invoca el derecho que le confiere el artículo 26: ya sea no invocando la excepción o bien renunciando a ella y solicitando a la Comisión que examine la cuestión básica de la admisibilidad.

Es natural que si el Estado demandado no invoca la regla del agotamiento no hay razón alguna para que la Comisión la aplique (242) además su propia facultad de seguir un curso de acción procesal distinto del deseado por las partes interesadas. Y así se ha comportado, "como hemos advertido, porque en diversas ocasiones ha proseguido "ex officio" el examen del agotamiento, a pesar de la renuncia expresa o manifiesta por parte del Gobierno demandado.

(241) Asunto "Bogckmans contra Bélgica" en Recueil des décisions, n° 12, pág. 45.

(242) Castberg, F., ob. cit. pág. 49.

Por su parte el Tribunal europeo de Derechos humanos ha corroborado la práctica expuesta. En su asunto De Wilde, Ooms y Versyp declaró: "nada impide a los Estados renunciar al beneficio de la regla del agotamiento de los recursos internos". Y adoptó la interpretación más conforme al D.I. común. Es notorio, que en D.I. general dos Estados deben presentar la excepción de inadmisibilidad en limine litis, a fin de acelerar el procedimiento pues de lo contrario se entiende que ha intervenido la renuncia de forma implícita (243).

La apelación a la Comisión no puede ser interpuesta antes del cumplimiento de dos requisitos básicos: el agotamiento de los recursos internos y, preceptivamente, también, "en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva" (art. 26) (244).

Procedemos, ahora, al examen de la importante regla de la "limitación temporal" que condiciona, de forma absoluta, la admisibilidad de las instancias ante la Comisión.

Las reclamaciones no son, en principio, admisibles, en ningún caso, sino son interpuestas en el plazo determinado y prescrito por el Convenio. El momento preciso que debe ser tenido en cuenta para el cómputo del plazo es "la fecha de la decisión interna definitiva" (245).

(243) Fawcett, J.E.S., ob. cit. pág. 289.

(244) Art. 26, Recueil des Textes, pág. 108.

(245) Vitta, E., ob. cit. pág. 676. Asunto n° 188/55 en Annuaire..., vol. I, pág. 174, asunto n° 214/56 en Annuaire... vol. II, pág. 215 y Asunto n° 343/57 De-

La Comisión se ha visto obligada a exponer con detenimiento su interpretación sobre tema tan trascendente para el desarrollo del proceso sobre la admisión de las reclamaciones. Múltiples son sus decisiones.

Y, abordaremos, su interpretación práctica fijándonos, sobre todo, en las resoluciones que han tenido alcance de criterio y valor de doctrina jurisprudencial en la materia.

Es de advertir, desde ahora, que goza de carácter preclusivo el plazo de los seis meses, no solo en razón del artículo 26, sino, también, en función del artículo 27, párrafo 3. Tanto el artículo 26 como el artículo 27 párrafo 3 del Convenio establecen, según la Comisión, "una caducidad o una preclusión", indudables que han de ser interpretadas "restrictivamente", de conformidad con los principios de D.I. generalmente reconocidos (246).

Las reglas contenidas en los artículos citados "limitan la competencia" que a la Comisión le atribuyen los artículos 24 y 25 del Convenio, esto es la capacidad para admitir reclamaciones y examinar demandas interestatales y particulares.

.../...

cisión 3 Junio 1960 en *Annuaire...*, vol. IV, pp. 276-284. Alcalá Zamora, N. señala que: "... después de seis meses, al contar de la fecha de la decisión interna definitiva, léase firmeo inimpugnable, o del día en que la parte haya tomado conocimiento de la misma, es decir, en que haya operado la preclusión para asumir la carga de accionar". Ob. cit. pp. 90-91.

(246) Asunto n° 214/56 en *Annuaire...*, vol. II, pág. 215.

Es de observar, a su vez, que esta excepción a la atribución de competencias deberá ser interpretada de forma restrictiva, al igual que con respecto a los artículos 26 y 27, párrafo 3°. La Comisión ha sido muy terminante sobre este extremo:

"Les dispositions limitatives de ce genre ne se prétent donc a aucune interpretation extensive" (247).

Tratándose, como dice Marín López, de un "juicio preliminar" en el que se procede al examen de "los presupuestos procesales", era natural que hubiera de pronunciarse sobre la materia no solo la Comisión, sino el propio Tribunal. Y en efecto, así ocurrió en más de una ocasión.

El Tribunal europeo de Derechos humanos adoptó, en la práctica, la misma orientación de la Comisión. Consideró como "práctica usual" que las excepciones de inadmisibilidad debían de ser alegadas in limine litis, al igual que ante las jurisdicciones internacionales o internas. Este criterio sirve de regla general, aunque no siempre sea imperativo y absoluto. Ha estimado que "es un desideratum para la buena admi-

(247) Alcalá Zamora, N., ob. cit. pág. 120 considera que el plazo de los seis meses tiene carácter "preclusivo". Según Marín López, A., los requisitos establecidos en el artículo 26. Agotamiento y recurso a la Comisión en el plazo de los seis meses: "supone un juicio preliminar destinado a examinar los presupuestos procesales subjetivos u objetivos". En: "El recurso individual ante un órgano internacional. El Caso Nielsen" en R.E. D.I. XVIII, n° 1, Enero-Marzo 1965, pp. 3-19. Aquí pág. 7, Asunto n° 214/56, en Annuaire... vol. II, pág. 215.

nistración de Justicia y una exigencia de la seguridad jurídica".

El artículo 46 párrafo 1º del Reglamento del Tribunal establece que "cualquier excepción preliminar deberá ser presentada lo más tardar con anterioridad a la expiración del plazo estipulado para el depósito de la reclamación por la Parte que alega la excepción.

Suele ser, por tanto, el primer instrumento o documento básico del procedimiento escrito (248).

En razón de la "economía general del Convenio", se entiende que las excepciones de incompetencia y de inadmisibilidad han de ser alegadas primeramente ante la Comisión, "en la medida en que su naturaleza y las circunstancias lo permitan". (249). Esta es la concepción propia del Tribunal de Estrasburgo expresada en diversas sentencias (250).

(248) Recueil des Textes, pág. 414.

(249) Asunto de Wilde, Ooms, y Versyp "Vagabundeo", sentencia de 18 de Junio de 1971, en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, nº 12, pág. 15.

(250) Asunto "Stögmüller", Sentencia de 10 de Noviembre de 1969, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, nº 9, pp. 41-42, 8. Asunto Matznetter". Sentencia de 10 de Noviembre de 1969, Publ. Cour. Eur. D.H. Serie A, nº 10, pág. 32.

B.- Límite temporal del ejercicio del agotamiento.

a) Decisión interna definitiva.

Por otra parte, existe una relación directa entre las dos reglas esenciales contenidas en el artículo 26: el agotamiento de los recursos internos y el plazo de seis meses. Esta relación íntima no se debe tan solo al simple hecho de su inclusión en un mismo artículo. Es mucho más substantiva, porque el mismo artículo 26 incorpora dos nociones complementarias importantes: Por un lado, se refiere al carácter de la decisión interna que ha de ser "definitiva" y considerada, por otro lado, "tal como se entiende según los principios de D.I. generalmente reconocidos". La interpretación de esa interdependencia entre dichas nociones aparece, a su vez, en los trabajos preparatorios del Convenio, especialmente el Informe establecido en Junio de 1950 por la Conferencia de Altos Funcionarios. La trascendencia de esa relación íntima, jurídica y procesal, de ambas nociones ha sido subrayada por la propia Comisión. (Decisión de Becker contra Bélgica en las demandas n° 214/56 (251) y de Nielsen contra Dinamarca n° 343/57 (252):

La Comisión ha dado, en diversas ocasiones, la debida interpretación sobre el "límite temporal". En el asunto n°

(251) Demandas n° 214/56, "De Becker c. Bélgica", en Annuaire..., vol. II, pág. 215.

(252) Demanda n° 343/57, "Nielsen contra Dinamarca", en Annuaire..., vol. II, pág. 343.

4464/70 el requirente alegaba la violación de los artículos 11 y 14 combinados con el artículo 17 del C.E.D.H. Se trataba de la supuesta oposición de las autoridades belgas al desarrollo Sindicato Nacional de la Policía Belga (253).

El requirente alegaba el agotamiento de todos los recursos nacionales, por haber impugnado la legalidad, conforme al Convenio, del "l'arreté royale" de 2 de Agosto de 1966. Había sido utilizado el único medio de defensa, el recurso existente, según el derecho en vigor en Bélgica, que era el recurso de anulación ante el Consejo de Estado y que había sido rechazado por sentencia de seis de Noviembre de 1969.

El Gobierno demandado, oponiéndose a la admisión de la reclamación, alegó que el ejercicio de dicho recurso no dispensaba al requirente, del deber que tenía de agotar otros re cursos internos contra la decisión que impugnaba ante la Comisión.

Por su parte la Comisión se resolvió en su primera decisión (254) de 28 de Mayo de 1971 por la admisión del asunto a condición de que el sindicato requirente demostrase, en el examen ulterior del tema, el haber observado la regla de los seis meses a partir de la decisión interna definitiva.

(253) Asunto n° 4464/70 "Sindicato Nacional de la Policía Belga contra Bélgica" en Annuaire... vol. XV pág. 289 y ss. aquí pág. 299.

(254) Asunto n° 4464/70 Decisión Parcial 28 de Mayo de 1971, en Annuaire... vol. XV, pág. 309 y ss. Aquí, pág. 305.

Esta primera decisión parcial, de 28 de Mayo de 1971, se producía a pesar de la existencia de la alegación del Gobierno belga de que el requirente había incumplido la limitación temporal del plazo de seis meses impuesta por el artículo 26. La Comisión observó que no existiendo, al parecer, ningún recurso ordinario, ni especialmente concreto contra la ley impugnada, el requirente podía "presentar su demanda directamente a la Comisión" y de conformidad con el artículo 26. Estudiado más de cerca el tema del plazo de los seis meses (asunto del Sindicato Nacional de la Policía Belga) en su decisión final - de 8 de Febrero de 1972 - (255). La Comisión resolvió por el contrario que la condición temporal no había sido observada, por consiguiente declaraba inadmisibile la demanda - en virtud de la aplicación del artículo 27, párrafo 3°.

b) El plazo de seis meses.

La Comisión ha introducido una interpretación singular, en el asunto n° 4475/70 - Svenska Lotsförbundet contra Suecia, decisión 13 de Julio de 1971- (256). Por un lado, declaró inadmisibile la demanda porque la decisión interna definitiva -dictada el 22 de Mayo de 1969- podía considerarse como un recurso eficaz y adecuado -según el artículo 26- y entendía que el período de los seis meses, el plazo dentro del cual el requirente debía haber introducido su demanda, había empezado a par-

(255) Asunto n° 4464/70 Decisión Final de 8 de Febrero de 1972 en Annuaire..., vol. XV, pp. 309 y ss. aquí pág. 359.

(256) En Annuaire..., vol. XV, pág. 329, aquí, pp. 343-399.

tir del 22 de Mayo de 1969. Y como el requirente acudió a la Comisión en el mes de Febrero de 1970, había expirado ya el plazo de los seis meses que tenía que observar el requirente, interesa, sin embargo, subrayar en esta decisión un comentario especial de su razonamiento. Porque después de reconocer la expiración del plazo prescrito hace la observación siguiente muy digna de atención para lo sucesivo: (257) "sin alegar la concurrencia de circunstancias particulares aptas para interrumpir o suspender el plazo de los seis meses" (258).

En su decisión del 20 de Julio de 1972, en el asunto Svenska Lokmannaförbundet contra Suecia estimó la Comisión que el requirente había introducido su reclamación observando el plazo de los seis meses a partir de la decisión interna definitiva. (de conformidad con lo establecido por la Comisión en el asunto 4475/70) (259).

c) Modificaciones al límite temporal.

Sentando tal criterio, la Comisión da a entender que el límite temporal, del plazo de los seis meses, puede ser objeto de aplicación flexible, como luego veremos, si se da la concurrencia de "circunstancias especiales". Se abre así el

(257) Petzold H., y Köhl, A. La Convention de sauvegarde... Documents Jurisprudence. Estrasburgo 1971, pág. IV. 7.

(258) Asunto n° 4475/70, en Annuaire..., vol. XV pág. 399, aquí pág. 359.

(259) Asunto n° 5614/72 en Annuaire..., vol. XV, pág. 595, aquí pág. 603.

camino a una posible interrupción o suspensión del plazo que convencionalmente es riguroso y que la misma Comisión había considerado generalmente como de carácter absoluto. Este principio fue admitido por el Tribunal en 1971.-De Wilde, Ooms, y Versyp-. La práctica del Convenio en la interpretación del "plazo de seis meses" ha dado ocasión a su vez, a la aceptación de otros conceptos jurídicos que existían en el Derecho Internacional común. No referimos a la máxima, ya clásica, muy practicada -"stoppel"- por la jurisprudencia anglosajona y basada en el concepto romano de ser inadmisibles las alegaciones que van en contra de los actos propios del interesado. Se trataba de la aplicación del plazo después de la "decisión interina definitiva", durante el cual se viene obligado a formular su reclamación ante la Comisión (art. 26) (260).

En el caso concreto era el Gobierno belga el que invocaba su aplicación, con el fin de que el Tribunal rechazase su conclusión de la Comisión sobre el tema, entendiéndolo que no procedía la invocación de dicha regla procesal en el asunto en litigio. El Gobierno se apoyaba en la regla para solicitar al Tribunal que declarase inadmisibile la demanda particular.

El Tribunal aceptó, por el contrario, el criterio de la Comisión, observando que el Gobierno no había apelado a tal regla anteriormente ante la propia Comisión. Y consideró, también, el hecho de que la regla no había sido invocada, tampoco, en el procedimiento escrito por el Tribunal.

(260) Recueil des Textes, pág. 108.

En realidad el Agente del Gobierno había razonado su aplicación durante el debate oral ante el Tribunal, esto es, un año después de hallarse el asunto en curso. Y el Tribunal sentenció, con claridad, que el Gobierno no podía invocar por vez primera en el proceso oral tal causa de inadmisibilidad, después de no haberlo hecho nunca ante la Comisión (261).

Al margen del hecho importante de ser aceptada dicha excepción por el Tribunal cabría examinar la posibilidad de invocar o no ante el Tribunal una causa de inadmisibilidad que no hubiera sido formulada antes cerca de la Comisión. El tema es de importancia considerable y será objeto de examen posterior.

Por otra parte, hemos hecho ya una breve referencia a la cuestión que se suscita con motivo del "plazo de los seis meses": el momento en que debe apreciarse el término del agotamiento o cual sea el momento que define el "límite temporal" que según dice el Convenio es "a partir de la fecha de la decisión interna definitiva" (262). La Comisión tuvo más de una ocasión de pronunciarse sobre el tema, en su decisión de 16 de Julio de 1968 manifestó que la finalidad prevista por el artí-

(261) Asunto De Wilde, Ooms y Versyp: Sentencia de 18 de Junio de 1971, en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, pp. 14-15.

(262) Asunto n° 2614/65 "Ringelsen contra Austria", Decisión 16 Junio 1968, en Annuaire... vol. 11, pág. 268 y Publ. Cour. Eur. D.H. Série B. vol. 11, 1972, pp. 24, 43-44, 114, 115, 183-184, 200, 206-207, 222-225, 246-247.

culo 26 se satisface siempre que el agotamiento haya sido efectuado "dentro de un plazo razonable después de haber sido interpuesta la reclamación ante un foro internacional" (263). Y en el mismo asunto hubo de intervenir el Tribunal de Estrasburgo declarando que los recursos internos deberfan "haber sido agotados en el momento" en que la Comisión declare la admisibilidad o no de la demanda, de acuerdo con el artículo 26 y 27, párrafo 3° (264). Es pues, imprescindible, según el Tribunal, que los recursos internos hayan sido agotados en el momento en que la Comisión se pronuncie respecto a la admisibilidad de la demanda.

En la práctica, la interpretación del artículo 26 ha sido una de las cuestiones que con más reiteración fue abordada por la Comisión y el Tribunal. No solo por el aspecto de la determinación del "plazo de seis meses", sino, porque al computarse el plazo de los seis meses para el ejercicio de la acción por el particular, hay que tener, a su vez en cuenta, cual sea la decisión interna definitiva. En la determinación del plazo es de esencial importancia conocer, con claridad, la naturaleza o carácter definitivo de la decisión interna. Igualmente será preciso hacer referencia al recurso interno que la Comisión requiere, para poder hallarse, tras su agotamiento, ante la decisión interna definitiva, de conformidad con los principios de D.I. generalmente reconocidos.

(263) Ibidem, pp. 115-119, 182, 208-220, 220-222, (en general) y respecto del momento de su realización pp. 196, 198, 199-200, 210-220, 220-222, 256-257, 258-259, 269.

(264) Recueil des Textes, pág. 108.

Precisamente, la dificultad existente en la práctica jurídico-procesal derivada de la aplicación del artículo 26 y 27 párrafo 3º de la Convención, ha llevado a la Comisión a declarar inadmisibles múltiples demandas por inobservancia del plazo de seis meses y de los requisitos concretos que comporta (Asuntos n° 188/56 y n° 267/57) (265).

En el asunto de Iversen contra Noruega (266) la Comisión coincidió con las partes en considerar como definitiva la decisión del Tribunal Supremo Noruego. Pero no siempre es fácil determinar cual sea la decisión interna definitiva que presuponga el agotamiento de los recursos internos. El requirente particular no tiene siempre buen conocimiento de los recursos internos que debe de agotar. Y la propia Comisión ha de analizar, en más de una ocasión, las sentencias internas a fin de esclarecer si se encuentra en presencia del recurso debido y de su naturaleza de definitivo, de conformidad con los principios de D.I. generalmente reconocidos. La importancia del tema había llevado al Instituto de Derecho Internacional a estudiar y ofrecer su concepción jurídica sobre la materia, en relación con la protección diplomática de carácter general: (267).

(265) Asunto Ringelsen, sentencia de 16 de Julio de 1971, en Publ. Cour. Eur. D.I. véase, Série A, vol. 13, párrfs. 85-93. Annuaire... vol. I pág. 153. Asunto n° 188/56: "X c. R.F.A." Decisión 17 de diciembre de 1957, en Annuaire... vol. I, pp. 174-179, aquí pág. 178.

(266) Asunto n° 1462/62, documento A 86644, 17.XII.1963. Véase Morrison, C.: "The Developing European Law of Human Rights. Layden 1967, pp. 83-84.

(267) Resolución del 18 de Abril de 1956, sesión de Granada del Instituto de Derecho Internacional. Véase en Annuaire del I.D.I. 1956, vol. 46, pp. 265-316, 358, 364, 6 en Resoluciones I.D.I. de 1873 a 1956, pág. 10.

"cuando un estado pretende que el perjuicio sufrido por un nacional suyo, en su persona o en sus bienes ha sido cometido en violación del D.I., cualquier reclamación diplomática o judicial que se presente es inadmisible cuando exista en el ordenamiento jurídico interno de Estado demandado, vías de recurso a las que tenga acceso la persona perjudicada siempre que fuesen eficaces y suficientes y que no hubiesen agotados dichos recursos".

El repertorio de condiciones contenidas en esa definición del Instituto, fruto de la experiencia jurídica internacional, han de operar naturalmente en el ánimo de los expertos y juristas que integran la Comisión y el Tribunal europeo. Por ello es de interés tener presente los conceptos enunciados por el Instituto D.I. para comprender mejor la puesta en práctica de las reglas del Convenio. El Instituto de D.I. aconseja, pues, la interposición de recursos que sean "eficaces y suficientes", cuestión muy discutible, a veces en el desarrollo de los casos concretos. El artículo 26 del Convenio, en cambio, ofrece matices diversos en su redacción francesa e inglesa. El texto inglés dice:

"The Commission may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted according to the generally recognised rules of international law..."

Por el contrario el texto francés no hace expresa referencia al agotamiento de la totalidad de los recursos existentes, ya que simplemente dice: "...Qu'après l'épuisement des

voies de recours internes..." (268).

La Comisión hubo de tomar posición sobre tan importante extremo, y ha precisado que el agotamiento conforme al artículo 26 se refiere a los recursos que hayan sido interpuestos ante los Tribunales ordinarios habiendo puesto en funcionamiento "todo el sistema de recursos judiciales previstos por el ordenamiento jurídico del Estado demandado" (269).

El principio general sentado por la Comisión presupone la utilización y el agotamiento de todo el sistema de protección legal interno, previamente a la interposición de la demanda ante la Comisión. El acceso de las víctimas a la Comisión se su-
pedita, pues, al previo agotamiento de la totalidad de los recursos internos, de acuerdo con la redacción inglesa del artículo 26.

La aplicación práctica del principio general ha suscitado dudas sobre cómo ha de entenderse el concepto de la totali-

(268) "Repertoire de la Jurisprudence relative á la Convention européenne des droits de l'homme", 1970, pág. 266. El art. 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966 para establecer la competencia del Comité de Derechos humanos de las Naciones Unidas para admitir reclamaciones individuales exige: "el agotamiento de todos los recursos internos disponibles". Véase Carrillo Salcedo, J.A.: "Documentos Básicos de Naciones Unidas", Madrid, 1982, pág. 155.

(269) Asunto n° 332/56, en: Annuaire... vol. II, pág. 309.

dad de los recursos. Se entiende por recurso las distintas instancias a que da acceso el ejercicio de una acción. Y como dice el bien conocido procesalista Alcalá-Zamora ha de comprenderse "no sólo en el sentido estricto de medios impugnativos de las sentencias -quedan fuera al concepto de primera instancia- sino recurso sinónimo de grados o instancias a que el normal ejercicio de una acción puede dar lugar" (270).

El criterio de la Comisión es, asimismo, muy amplio. El agotamiento ha de comprender "el conjunto del sistema de protección legal tal y como es establecido por el ordenamiento jurídico interno". (Asunto 4897/71, de 22 de Marzo de 1972) (271).

En el mismo sentido y, precisamente, en términos generales de la aplicación del principio, Ruiloba se manifiesta del modo siguiente:

"La necesidad de agotar los recursos internos abarca el ejercicio de todos los procedimientos previstos en el Derecho interno, por me-

(270) Alcalá Zamora, N, entiende que no importa el número ya que los grados podrán ser tres o cuatro según el régimen establecido. En ob. cit. pág. 85.
El recurso no se extiende a los medios de que pueda valerse el individuo dentro de cada procedimiento para fundamentar su demanda. Ruiloba, E., ob. cit. pág. 321.

(271) "H. Gussenbauer contra Austria", asunto n° 4897/11, en Annuaire... vol. XV, pág. 449, aquí pág. 465.

dio de los cuales el particular se dirige a un órgano competente del Estado del que se pueda esperar una reparación adecuada del daño que origina la responsabilidad internacional" (272).

Se entiende, por tanto, que los recursos han sido agotados cuando el particular "concluya el ejercicio de los distintos procedimientos" establecidos por "los diferentes recursos" al que su derecho de acción dé lugar (273).

En razón del artículo 26 del Convenio será necesario dirigirse primeramente a "todas las instancias" del orden jurídico interno que hubiesen podido evitar los efectos de "la presunta violación de los derechos humanos" (274).

En los recursos contemplados por el artículo 26 se comprenden, por un lado, "todas las acciones u otros recursos judiciales" usuales ante los Tribunales del Estado demandado, tales como la apelación, el recurso de casación, e incluso el recurso ante el Tribunal constitucional. Es decir, todos los recursos judiciales ordinarios y los recursos extraordinarios. Y por otro lado, habrá de tenerse en cuenta también la eventualidad

(272) Ruiloba, E., ob. cit. pág. 324.

(273) Ruiloba, E., ob. cit. pág. 325.

(274) Wiehringhaus, H., ob. cit. pág. 689.

dad de las demandas por requerimientos dirigidos contra las autoridades administrativas así como los recursos eventualmente accesibles "ante los Tribunales administrativos" (275). La regla del agotamiento se aplica, por tanto, de modo general, con independencia del carácter ordinario o extraordinario de los recursos internos. Y lo mismo es válido para los recursos ante las autoridades administrativas (276). La Comisión exige, pues, el agotamiento de todos los recursos existentes en el ordenamiento jurídico interno. Y es de observar, por ello, que se comprenden, a su vez, los recursos constitu-

(275) Ibidem, pág. 690.

(276) Vitta, E.: ob. cit. pp. 586-590. Vitta distingue, al analizar esta cuestión la operatividad de la regla en función de la existencia de la ley interna que prevé el art. 6, el modo en que se configuran los recursos en los Derechos internos. Así en Suiza considera que la regla del previo agotamiento actuará solo frente a los recursos contra las leyes cantonales debido a la existencia del "recours des droits publics" o "Staats-rechtsliches Beschwerde". En Austria, los particulares deberán agotar los recursos existentes incluido el recurso de constitucionalidad únicamente frente a los actos legislativos y no contra actos administrativos. En la R.F.A. el "Verfassungsbeschwerde" es el recurso de constitucionalidad que podrá ser únicamente agotado cuando lo hubieran sido los recursos ordinarios. Este recurso, por lo tanto, exige asimismo el agotamiento de los recursos ordinarios en el ámbito interno, antes de ejercer este recurso (que reviste carácter extraordinario) Mertens, P.: ob. cit. pág. 82. No considera que pueda aplicarse la regla a los supuestos de recursos políticos.

cionales. Las decisiones de la Comisión son terminantes: el requirente se haya obligado a agotar cualquier recurso interno que tenga probabilidad de éxito de reparar el daño causado. (Decisión de 11 de Noviembre de 1960) (277).

Al hablar de todos los recursos establecidos por la ley interna, es de advertir que la Comisión ha tenido presente la necesidad de que se trate de recursos susceptibles realmente de reparar el perjuicio ocasionado que motiva la responsabilidad internacional del Estado. Se ha de tratar de recursos internos que sean eficaces y suficientes (278). En este sentido la Comisión comparte plenamente el juicio de valor sobre la materia sentado por el Instituto de D.I. en su sesión de Granada: los recursos que tenga acceso la persona perjudicada "siempre que fuesen eficaces y suficientes".

El mismo principio se contiene en las decisiones de la Comisión respecto a la admisibilidad de los asuntos (279).

(277) Asunto n° 712/60 en *Annuaire...*, vol. IV, pp. 401-407.

(278) Robertson, H.A.: Ob. cit. pág. 162, se manifiesta en igual sentido.
Ruiloba, E., ob. cit. pág. 305. Ante la efectividad y suficiencia de los recursos declina el carácter ordinario o extraordinario de los mismos.

(279) Asunto n° 712/60 en *Annuaire...*, vol. IV, pág. 365.

En el asunto n° 4474/70 la Comisión manifestó que se exigen el agotamiento siempre:

"pourvu qu'elles se revelent susceptibles de fournir un moyen vraisemblablement efficace et suffisant de redresser les griefs formulés, sur le plan international, contre l'Etat défendeur; il ne suffit donc pas qu'un requérant exerce les recours internes qui lui sont ouverts au sein du dit article, il doit également faire valoir devant l'autorité judiciaire supérieure les droits il allége la violation" (280).

Conforme a los Principios de D.I. generalmente reconocidos en la materia es competencia de las autoridades nacionales el determinar las normas y plazos que los individuos deben de respetar cuando se dispongan a recurrir ante las jurisdicciones internas.

Este principio general es, igualmente, bien compartido por la Comisión:

"Para conformarse a las disposiciones del artículo 26, los requirentes no solo deben so-

(280) Asunto n° 493/60 en Annuaire... vol. IV, pág. 303. Asunto n° 4464/70 "Sindicato Nacional de la Policía Belga c. Bélgica". Decisión del 28 de Mayo de 1971, en Annuaire..., vol. XV, pág. 289. aquí pág. 305. En igual sentido véase: Annuaire..., vol. I, pág. 147, Annuaire... vol. IV, pp. 153 y ss. Recueil VIII, pp. 23-24. Annuaire..., vol. V, pág. 187. Annuaire..., vol. VI, pp. 365 y ss.

meter sus asuntos ante las distintas jurisdicciones internas competentes sino que además deberán actuar dentro de los plazos legales por ellas establecidas".

En este sentido se pronunciaría la Comisión en los asuntos n° 188/56 de X contra R.F.A. y Austria y n° 352/58 (281). En el primer asunto el requirente no probó suficientemente ante la Comisión el haber agotado los recursos internos existentes contra Decisión del Tribunal interno.

Y en el asunto n° 352/58, el requirente no había interpuesto el recurso constitucional en el plazo de un mes a partir de la decisión del Tribunal competente, de conformidad con lo prescrito en el artículo 93 de la ley del Tribunal Federal Constitucional (282).

Claro está que la Comisión se reserva, en todo caso, su facultad de examinar, si fuera preciso, las reglas procesales internas. Entiende que pueden concurrir, a veces, circunstancias particulares aptas para eximir al requirente, de conformidad con los principios de D.I. generalmente reconocidos, de la obligación de introducir el recurso "en el plazo fijado por la legislación nacional aplicable". Y es natural que el Conve-

(281) "X c. R.F.A.", Decisión 17 Diciembre de 1957. En *Annuaire...*, vol. I, pp. 174-179. Asunto n° 352/58, "X c. R.F.A.", Decisión 4 Septiembre de 1958, en *Annuaire...*, vol. II, pp. 342-344.

(282) "X c. R.F.A." en *Annuaire...*, vol. II, pág. 407.

nio confie, en principio, a los Estados contratantes la misión de interpretar las disposiciones pertinentes de su legislación. (283) Esta facultad usual del Estado no priva a la Comisión de su derecho a intervenir siempre que el demandante hubiese sufrido una denegación de justicia con motivo de dicha interpretación o aplicación. Sin embargo, la Comisión puede en la práctica, abstenerse de esa acción jurídica si la persona interesada no alega ni establece que haya sido víctima de tal abuso (284).

La Comisión suele examinar, de oficio, si concurren o no las circunstancias particulares aptas para relevar al individuo de la obligación de ejercer el recurso en el plazo legal. En este sentido se ha manifestado en múltiples asuntos litigiosos (285).

Examinado con detenimiento las decisiones de la Comisión, sobre la calidad de admisible o no de las reclamaciones particulares, nos encontramos con una línea muy constante en torno

(284) Danelius H.: "Conditions of Admissibility in the Jurisprudence of the European Commission of Human Rights", en R.D.H. 1969, pp. 284 y ss.
Eustathiades C.T.: "La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international" París 1936 y "Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme" en Festschrift für Jean Spiropoulos. Bonn 1957, pp. 111 y ss.

(285) Danelius, H.: ob. cit. pp. 284 y ss. Sulliger D., ob. cit. pp. 143 y ss. y 154 y ss.

al requisito previo del agotamiento pleno de los recursos internos.

Al margen de las instancias concernientes a los procedimientos judiciales ordinarios -objeto de consideración aparte- vamos a señalar unos cuantos relativos a los recursos administrativos y constitucionales.

a') Recursos administrativos.

En el asunto n° 165/56 (X c. R.F.A.) se alegaba la violación del art. 9 del Convenio que concierne a la libertad de "pensamiento, conciencia y religión". En su Decisión de 29 de septiembre de 1956, la Comisión declaró inadmisibile la demanda debido a que el requirente no habia ejercido el "recurso administrativo" de que disponia, en contra de las decisiones administrativas que alegaba (286). Igual criterio se observó en el asunto n° 172/56 (287), en el que conviene destacar la referencia singular de la exención del deber del agotamiento, como señalamos anteriormente.

El requirente "no habia ejercido el recurso de apelación" ante los tribunales internos, y no concurrían "circuns-

(286) Decisión de 29 de septiembre de 1956 en el Asunto n° 165/56 en *Annuaire...*, Vol. I, pág. 203-204.

(287) Asunto "X c. Suecia" en *Annuaire...*, vol. I, pág. 211-219.

tancias especiales" que justificasen eximirle de tal obligación (Decisión de 20 de diciembre de 1957). En el asunto 266/56 se discutía la supuesta violación del respeto debido a la integridad física, libertad y seguridad personales (art. 3, 4 y 5, pfº 1º). Asimismo se trataba de un refugiado de antigua nacionalidad polaca, residente en la República Federal de Alemania y bajo el control del alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados. En este caso la Comisión declaró inadmisibles la instancia, también, por falta del agotamiento de los recursos internos: "le requérant n'a introduit aucun recours devant les tribunaux allemands". El requirente no había ofrecido, a las autoridades alemanas, "la posibilidad de reparar el perjuicio ocasionado", porque se limitó a dirigir una carta al funcionario público encargado de vigilar el procedimiento de indemnización, y, naturalmente esta simple comunicación personal podía ser considerada como "circunstancia particular que le relevaba del deber del agotamiento (288).

El tema de los recursos administrativos es de gran significación en la tarea de la Comisión, porque una gran multiplicidad de casos recaen sobre esa materia. Y es natural que sean muy abundantes las decisiones de la Comisión, porque las libertades personales suelen ser, en primera instancia, vigiladas generalmente, por las autoridades administrativas y sus funcionarios (289).

(288) Asunto "X c. R.F.A.", Decisión 7 Marzo 1956.
Nº 226/56, en *Annuaire...*, vol. I, pp. 142-143.

(289) *Dominicé, C.*, ob. cit. pág. 9 y ss.

b') Recursos ante Tribunales Constitucionales.

La esfera de acción de los Tribunales constitucionales se ha extendido en la práctica jurisprudencial interna con motivo de la ratificación del Convenio por los Estados. Ha sido tema muy polémico en la doctrina que la Comisión se ha visto llamada, más de una vez, a abordar y definir con firmeza (290).

La discusión se centra en la obligatoriedad o no para el individuo de tener que agotar los recursos además de ante los Tribunales ordinarios, ante el Tribunal constitucional interno, con el fin de lograr la reparación debida en los supuestos de daños ocasionados, a veces, por los funcionarios públicos del Estado.

Tratándose de las libertades fundamentales del hombre, parecía aconsejable que las personas lesionadas o víctimas de infracción alguna en virtud del Convenio no dejaran de agotar

(290) La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 757 (1975), teniendo como base las conclusiones que habían sido adoptadas por la reunión celebrada por la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea con los Ombudsmans y los Comisarios parlamentarios de los Estados miembros del Consejo. Reunión que tuvo lugar del 18 al 19 de Abril de 1974. La Asamblea recomienda al Comité de Ministros que invite a los Estados miembros a instaurar estas instituciones a nivel no solo nacional sino regional o local. En Assemblée Parlementaire. Recueil des Textes 1977, pág. 912.

los recursos, incluso ante los tribunales constitucionales, a fin de obtener la reparación debida (291).

Por parte del Estado existía, también, un innegable interés en ofrecer al individuo nuevas vías internas que reparasen daños o injusticias, sin verse obligado, el Estado, con excesiva frecuencia, a someterse a un procedimiento reparador de carácter internacional. La Comisión ha tratado de armonizar en la práctica los intereses contrapuestos, a fin de salvaguardar mejor la protección de los derechos del hombre (292).

Hoy en día es muy diáfana la concepción de la Comisión sobre el tema: Los individuos deben de hacer uso y agotar, si existen, los "recursos constitucionales" antes de invocar la intervención de la Comisión. De lo contrario, las demandas particulares serán declaradas inadmisibles.

En efecto, el recurso constitucional es, como dice la Comisión, un "recurso interno" que en principio queda incluido en el campo de aplicación de las disposiciones del artículo 26 del Convenio y cuyo agotamiento ha de ser practicado por la persona interesada (293). Se trataba de materia que era le

(291) Decisión de la Comisión de 19 de Junio de 1957, en el Asunto de "X c. R.F.A." en *Annuaire...*, vol. I, pp. 145-146.

(292) Sulliger, D., ob. cit. pp. 143 y ss.

(293) "X c. R.F.A.", Decisión 31 Mayo 1956, Asunto n° 27/55 en *Annuaire...*, vol. I, pp. 138-139.

la competencia del Tribunal Federal Constitucional (de la República Federal de Alemania).

La obligatoriedad del agotamiento de los recursos constitucionales no se circumscribe a los nacionales del Estado demandado, sino, también, conforme a los principios generales del Convenio, se extiende a los residentes en aquél, sean personas físicas o jurídicas. En este sentido, es de recordar el Asunto n° 712/60 -Retimag contra República Federal de Alemania-. Se trataba de una sociedad suiza con bienes sitos en la República Federal de Alemania cuya propiedad le fue confiscada por haber servido y sido utilizada por el Partido Comunista, declarado ilegal y disuelto.

La Comisión declaró inadmisibile la demanda por falta del agotamiento debido de los recursos internos, entendió que aun tratándose de una sociedad extranjera -Retimag-, ésta se hallaba obligada a agotar los recursos internos, y, a tal fin disponía de un recurso ante el Tribunal Constitucional. Si Retimag tenia dudas acerca de la obligación del agotamiento no se le podía, por ello, eximir del cumplimiento de su deber (294). Tenia que hacer lo posible por resolver dichas dudas ante la jurisdicción interna competente ya que el artículo 19 de la Constitución que garantiza los derechos Fundamentales también a las personas jurídicas, por tanto, es este caso el derecho de propiedad. Según la Comisión Retimag debía haber ejercitado el recurso ante el Tribunal Federal Constitucional de Karlsruhe.

(294) Asunto n° 712/60 "Retimag c. R.F.A.", en *Annuaire...*, vol. IV, pág. 384.

El artículo 19 de la Constitución debería ser interpretado en el sentido de que también las personas jurídicas extranjeras deberían ejercitar dicho recurso ante el Tribunal Federal Constitucional (295). -La demanda sería declarada inadmisibles-. En el asunto n° 1470/62 Ernst Niekisch contra R.F.A. Decisión de 14 de Julio de 1966 (296).

La Comisión declaró, igualmente, la demanda inadmisibles en aplicación del artículo 27, párrafo 3 -inadmisibilidad en razón del artículo 26: no agotamiento de los recursos internos-, porque el recurso existente ante el Tribunal Constitucional Federal, consideraba como un "recurso dentro de la aplicación del artículo 26 del C.E.". La Comisión afirmó que no concurría en el caso, "ninguna circunstancia particular" que eximiese del cumplimiento de dicha obligación.

De conformidad con los principios generales de D.I. generalmente reconocidos, la Comisión estimó, a su vez, en el asunto n° 261/57 (297) que el requirente no había ejercido el recurso de que disponía para apelar contra la decisión interna que desestimó ante el Tribunal Federal Constitucional.

(295) Castberg, F., ob. cit. pág. 44.

(296) En *Annuaire...*, vol. IX, pág. 103.

(297) En *Annuaire...*, vol. I, pág. 258.

Es de observar que en materia del agotamiento de los re cursos, la Comisión suele hacer frecuente invocación a los principios del D.I. generalmente reconocidos, y no solo por- que sea práctico para la interpretación del artículo 26 de la Convención. A veces, ofrece matizaciones dignas de examen, co mo sucede en la decisión de 8 de Enero de 1959 en el asunto n° 222/56 (298).

En este caso, la Comisión precisó que son los principios de D.I. generalmente reconocidos los que determinan "si un recurso interno debe o no ser agotado", con anterioridad a la interposición del recurso ante la Comisión. Y conforme a dichos principios generales, se considera también que los "re- cursos legales constitucionales deberán ser agotados" antes de recurrir ante la Comisión. Y esta norma básica no puede dejar de cumplirse, aunque los Tribunales internos hagan uso de una versión lingüística del artículo 26 distinta del francés o in- glés. Es lo que ocurrió con la decisión de 1 de Septiembre de 1957. El requirente alegaba la distinta interpretación del ar- tículo 26 realizado en la versión alemana y la Comisión no es- timó ese razonamiento como suficiente para eximir al requiren- te de la obligación del agotamiento, porque la Comisión, al in terpretar la aplicación del Convenio, solo podía basarse en los únicos textos que dan fe, que son exclusivamente el fran- cés o inglés (299).

(298) En *Annuaire...*, vol. II, pp. 344-345. Aquí pág. 352.

(299) "X contra R.F.A.", Asunto n° 222/1956 en el que la Co- misión estimó que no podía invocarse la redacción del

La misma doctrina sostuvo la Comisión en relación con la República Federal de Austria, en el asunto n° 1706/62, X contra Austria, Decisión de 4 de Octubre de 1966.

Consideró que los términos del artículo 26 del Convenio son suficientemente explícitos sobre el previo agotamiento de los recursos internos y que el requirente se hallaba para apelar ante el Tribunal Constitucional, y no se había agotado "el recurso interno del que disponía conforme al derecho austriaco" y tampoco, se daban circunstancias particulares que pudieran dispensar de dicho agotamiento (300).

El límite temporal de los seis meses del artículo 26 del Convenio puede ser objeto de múltiples adaptaciones que, sin alterar su esencia, introduce modificaciones estimables. La interpretación jurídica de esta cuestión es tan esencial que condiciona todo el sistema de protección de los derechos humanos del Convenio. La importancia de la inter-relación existente entre Derechos sustantivo y procesal del Derecho interno se evi-

.../...

art. 26 en lengua alemana. Debido a que los textos que dan fe son únicamente el inglés y francés, en su decisión de 8 de Enero de 1958, la Comisión declaró textualmente: "el suffit de souligner que les seuls textes qui fassent foi sont les textes anglais et français de la Convention, qui a été signée à Rome le 4 Novembre 1950", en Annuaire..., vol. II, pp. 344-352, aquí pág. 351.

(300) En Annuaire..., vol. IX, pág. 175.

denuncia, a su vez, en la concepción y aplicación del Convenio. Sobre este punto concreto no se ha elaborado aún una doctrina general bien definida. Es necesario compulsar las decisiones de la Comisión y del Tribunal Europeo y analizar, con cuidado, sus razonamientos, a fin de poder establecer algunos conceptos generales y básicos, sobre la regla del plazo de los seis meses (art. 26), que no resulten abstractos y alejados de la función protectora primordial instaurada por el Convenio y de conformidad con los principios generales del Derecho internacional (301). Destacamos algunos de los supuestos principales.

1. Situación de "violación continuada".

El rigor matemático del plazo de seis meses puede verse suavizado y, lo ha sido de hecho, por la Comisión en el supuesto denominado de "violación continuada". Se trataba, naturalmente, de la aplicación del artículo 26 y la reclamación había sido presentada según la clásica expresión de "fuera de plazo". La Comisión juzgó, que, en el caso concreto, no procedía aplicar la interpretación y el cómputo riguroso del plazo previsto, por tratarse de "una situación de violación continuada" en la que no cabía la posibilidad de recurrir ante los órganos internos. La Comisión admitió, entonces, la reclamación formulada fuera de plazo, Asunto nº 214/56 -De Becker contra Bélgica- (302).

(301) Art. 19 y 26 en Recueil des Textes, pp. 107-108.

(302) En Annuaire..., vol. II, pp. 215-56, véase Robertson, A.H., *ob. cit.* pág. 165.

La excepción consagrada por la Comisión respondía a los principios humanitarios que le compete amparar.

Porque la reclamación de Becker ponía en evidencia la situación de una permanente pérdida de libertad personal, que vulneraba el ejercicio de determinados derechos civiles por tiempo indefinido. Y esta "situación violatoria permanente" fue probada debidamente ante la Comisión -Decisión de 9 de Junio de 1958-.

2. Validez relativa del plazo según sea la naturaleza del daño.

Es previsible que las autoridades internas puedan aportar resoluciones sobre un asunto en el que entren en juego distintas clases de perjuicio sufridos por el requirente, habiéndose dado una decisión de carácter definitivo que solo concierne a una parte de los daños causados, subsistiendo la posibilidad de interposición de nuevos recursos. La Comisión tuvo, en efecto, que pronunciarse sobre el caso del requirente que reclama distintos perjuicios derivados del procedimiento interno en el que existen todavía otros recursos posibles, al margen de la decisión definitiva para una parte de los daños ocasionados (303).

De acuerdo con la práctica de la Comisión en otros supuestos se suscita, también, en este caso concreto la eventua-

(303) Chapez J.: Ob. cit. pág. 200.

lidad de suavizar el rigor del plazo establecido teniendo en cuenta: "Las circunstancias, la naturaleza y condiciones de cada uno" de los daños sufridos. A este problema se refiere el asunto n° 343/57. Se trataba de esclarecer si el particular podía presentar la demanda ante la Comisión en el plazo de seis meses sólo con respecto a las reclamaciones materiales concretas para las que se carezca ya de recursos internos, o si, por el contrario, no sería preciso supeditar la petición al agotamiento de otros recursos posibles en relación con "la totalidad de la demanda". La Comisión condicionó en este caso la aplicación de la regla general a la calidad o la "naturaleza de los daños" reclamados (304).

3. La admisibilidad del recurso interpuesto fuera del plazo de los seis meses.

El requirente puede haber acudido a la Comisión fuera del plazo estricto de los seis meses y, sin embargo, ser admitida su petición. Enunciado así el problema, es preciso, ver como la Comisión explica y justifica la excepción introducida al límite temporal. El hecho se ha producido, con motivo de la admisibilidad, en el asunto "Iversen contra Noruega" (305). El Gobierno noruego objetó que la petición de Iver-

(304) Asunto n° 343/56 en *Annuaire...*, vol. II, pág. 413.

(305) Asunto n° 1468 "Iversen c. Noruega", en: Document A. 86.644 de 17 de Diciembre de 1963, en *Recueil des Décisions*, 12, pág. 80.

sen había sido registrada dos días después de haber transcurrido el plazo de los seis meses, a partir de la decisión interna definitiva.

En realidad, el requirente se había dirigido por carta-reclamación dentro del plazo reglamentario, si bien hubo de suplir y perfeccionar posteriormente "a petición de la Comisión", fuera del plazo, ciertos defectos de que adolecía su primera comunicación.

¿A partir de que momento se consideraba presentada la demanda ante la Comisión a efectos del cumplimiento del plazo de los seis meses?.

La decisión de la Comisión consideró como fecha de presentación de la demanda, el momento en que fue recibida la carta-reclamación del requirente (306) y desestimó la excepción del Gobierno noruego alegando a la presentación fuera de plazo.

Aparentemente, no dejaba de carecer de cierta base la excepción del Gobierno noruego, pues había razonado que el momento decisivo para el cómputo del plazo solía ser el depósito de las reclamaciones en debida forma ante el Secretario General del Consejo de Europa (art. 48/2) y que la carta primera del requirente no se podía estimar como una verdadera y

(306) De 12 de Junio de 1962, la Comisión recibió la carta que había sido escrita por el requirente el 8 de Julio de 1962.

explícita formulación de la reclamación (307).

Parece bien justificada la interpretación liberal de la Comisión. Por un lado se había enviado dentro del plazo la carta primera que señalaba la supuesta violación del Convenio. Y por otra parte, el depósito complementario de la reclamación y efectuado ante el Secretario General se debía al propio requerimiento de información por parte de la Comisión (308). También en el asunto n° 4429/70 la Comisión observó que la primera carta del requirente indicaba de modo suficiente, a juicio de la Comisión, la voluntad del particular de formular la reclamación, al mismo tiempo que perfilaba, "de algún modo" su naturaleza (309).

(307) Ibidem, pág. 80. El artículo 48/2; para el cómputo del plazo, sólo se toma en consideración la fecha de depósito ante el Secretario General del Consejo de Europa. En *Annuaire...*, vol. I, pág. 79. Sin embargo, de conformidad con el art. 38, en principio, la demanda se considera introducida con primera comunicación del requirente, exponiendo, incluso sumariamente, el objeto de la demanda. La Comisión, si lo estima oportuno, puede decidir otra fecha.

(308) La carta-reclamación adolecía de ciertos defectos. La Comisión, cumplida la información requerida registró la reclamación el 18 de Junio de 1962.

(309) Decisión de la Comisión de 1 de Febrero de 1971, en el asunto n° 4429/70, "X c. R.F.A.", en *Recueil des Décisions* 37, pp. 109-110 y en Castberg, F., ob. cit. pág. 55 y Morrison C., Ob. cit. pp. 83-84.

Naturalmente, la Comisión suele ponderar mucho las circunstancias específicas de los casos concretos, tomando en consideración los elementos de hecho y las motivaciones precisas que sea equitativo atender. Es, en realidad, el análisis de las causas del intervalo de tiempo transcurrido desde la remisión de la carta-comunicación de los particulares y el depósito más fundado de la reclamación. De esta suerte, si la aplicación estricta del límite temporal resulta "excesiva", la Comisión así lo decide en función de los intereses humanos dignos de protección (310).

4. El plazo y la notificación interna.

En principio, el cómputo del plazo de los seis meses se inicia a partir de la notificación de la decisión interna definitiva al particular interesado. ¿Qué ocurre si transcurre un cierto lapso de tiempo entre el momento de la adopción de la sentencia interna y el instante en que se hubiese notificado al requirente?. El criterio general de la Comisión es el de antes señalado. En el asunto n° 899/60, quedó bien claro que el plazo de los seis meses se cuenta a partir del momento en que el requirente ha sido notificado (311).

Este criterio general no es absoluto. En efecto, la Co-

(310) Y en virtud de lo que establece el art. 38, 3 de su Reglamento interno" la Comisión puede, si lo estima necesario decidir otra fecha" en Recueil des Textes, pág. 309.

(311) Asunto "A a.o. c. R.F.A." en Recueil des Décisions vol. 9, pág. 4.

misión hubo de adaptarlo, también, a las circunstancias especiales de los casos concretos. Una de las principales excepciones es el supuesto de negligencia por parte del requirente, ya que puede ocurrir que el requirente tenga conocimiento de la decisión interna sin haberle sido notificada a su debido tiempo. Por ejemplo, si el requirente no ha solicitado no se ha interesado por conocer y obtener una copia de la decisión interna. La Comisión ha abierto prácticamente, el camino a excepciones de ese carácter en razón del principio clásico de la buena fe.

C. Excepciones: "circunstancias especiales".

a) Jurisprudencia consagrada.

El Convenio estipula la regla del agotamiento de los re cursos internos sin introducir excepción alguna a su aplicación. La regla ha de ser, en cambio, interpretada y puesta en práctica de acuerdo con los "principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos" (312).

El reenvío que efectúa el artículo 26 del Convenio al Derecho Internacional común ha servido de base a la Comisión para temperar el rigor de la regla con la admisión de excepciones razonables dimanantes de circunstancias especiales asentadas en las nociones perennes de la buena fé y de la equidad

(312) Recueil des Textes, pág. 108.

que inspiran los sistemas jurídicos en general y adquieren mayor estimación y valor cuando se trata, directamente, de los derechos fundamentales del hombre (313).

La doctrina y práctica jurisprudencial del Convenio ha ido adecuando la regla categórica del agotamiento a un repertorio de excepciones válidas y admitidas por la Comisión y el Tribunal Europeo, cuyo estudio es indispensable para el buen conocimiento, a su vez, de la reparación debida en caso de infracción.

La idea de las excepciones a la regla del agotamiento constituye, hoy en día, un criterio internacional de carácter jurisprudencial que había sido consagrado ya, anteriormente, en los ordenamientos jurídicos nacionales. En principio es la norma clásica de "impossibilium nulla obligatio est" (314).

En armonía con el criterio general, la Comisión y el Tribunal europeos han ido definiendo en sus decisiones y sentencias las circunstancias peculiares que posibiliten la excepción a la regla.

Es notorio pues, que el individuo o requirente pueda invocar "una imposibilidad" o una "circunstancia particular" que le exima de la obligación del agotamiento previo de los recursos internos.

(313) Spatafora, E.: Ob. cit. pág. 110.

(314) Dig. 6° 17, 185, Bas. 2, 3, 185.

El primer condicionamiento establecido por la Comisión para la eventualidad de la admisión posible de la excepción es el que concierne a la prueba de la concurrencia efectiva de las circunstancias peculiares: "al requirente incumbe di ce la Comisión- aportar la prueba que sirva de fundamento a sus alegaciones". (Asunto 222/56).

Esta norma sobre la asignación al requirente de la prueba había sido recogida en el reglamento interno de la Comisión:

"La parte requirente debe proporcionar los elementos que permita establecer que las con diciones del artículo 26 se encuentran cumplidas" (art. 2) (315).

Y la Comisión ha recordado la debida aplicación de esta norma en múltiples decisiones (316). Textualmente ha declarado:

"Según los principios de D.I., se considera causa eximente de la obligación del agotamiento aquél supuesto en el que el requirente hubiese probado la concurrencia de circunstancias especiales" (317).

(315) Asunto n° 222/56, en Recueil des Décisions, vol. II, pág. 344.

(316) Asunto n° 2004/63, Recueil des Décisions, vol. IV, pág. 305. Asunto n° 712/60, Recueil des Décisions, vol. IV, pág. 385.

(317) Decisión 12 Octubre 1957, Asunto n° 299/57, en Annuaire..., vol. II, pp. 193-195.

Las circunstancias peculiares que eximen al requirente del deber del agotamiento de los recursos internos son múltiples. Y es necesario exponer una clasificación de las mismas para la mejor inteligencia de la concepción admitida y válida para la Comisión y el Tribunal Europeo.

Procuramos observar un criterio que sea lo más sistemático y sencillo posible, pues no existe aún armonía plena sobre el particular entre los diversos autores que han abordado el tema (318). Por nuestra parte nos atendremos a la clasificación siguiente:

1) Los sistemas jurídicos y los Tribunales internos suelen atribuir una gran significación y trascendencia a la definición de nociones y criterios que sean reiterados, jurisprudencialmente, en el seno de sus ordenamientos internos. Es la teoría anglo-sajona y pragmática de los "precedentes o la teoría continental de la jurisprudencia como fuente del Derecho".

Es también notorio que los tribunales de arbitraje e internacionales han asignado importancia considerable a los criterios establecidos en casos litigiosos análogos, si bien no suelen considerarse jurídicamente obligados por ellos.

La tendencia predominante en Derecho Interno e Internacional ha sido, igualmente, tomada en consideración tanto por

(318) Antonopoulos N.: Ob. cit. pág. 63.
Amerasinghe, C.F.: Ob. cit. pág. 294.
Wiebringhaus, H.: Ob. cit. pág. 699.

la Comisión como por el Tribunal Europeo (319).

En este sentido, el criterio de la "jurisprudencia consagrada" fue admitida también por la Comisión, en el asunto n° 27/55 (320). Se declaró entonces textualmente:

"... la concurrencia de circunstancias especiales en el asunto, como por ejemplo: una jurisprudencia consagrada que tendría la naturaleza de eximir al requirente del agotamiento de los recursos internos de conformidad con los principios de D.I. generalmente reconocidos".

Igual actitud fue adoptada en los asuntos n° 261/57 y n° 222/56. Cabe observar que la noción de "jurisprudencia consagrada" ha de entenderse de conformidad, en primer término, con los principios del D.I. generalmente reconocidos, a que se refiere el artículo 26 del Convenio.

No se trata, claro está, esencialmente, de la jurisprudencia interna, sino de la de carácter internacional. Sin embargo, no ha de rechazarse la posibilidad de que la Comisión deduzca criterios concretos de excepción a la regla del agotamiento, en función de las prácticas e interpretaciones de las jurisprudencias nacionales.

(319) Antonopoulos, N.: Ob. cit. pp. 63-67, aquí pp. 63-64.

(320) Decisión de 11 de Mayo de 1956, en *Annuaire...*, vol. I, pp. 139.

Precisamente existen ya precedentes en este sentido; en el asunto 27/55 y el asunto 222/56 la Comisión que podrá ser considerada como circunstancia particular la existencia de una jurisprudencia consagrada por la jurisdicción interna. Circunstancia de naturaleza a dispensar al requirente de la carga del agotamiento de los recursos internos ante esta jurisdicción interna.

Naturalmente, el criterio expuesto ha de ser válido, en el futuro, para el cuerpo de doctrina que va elaborándose en razón de la praxis de la Comisión y del propio Tribunal europeo (321).

b) Recursos que reiteran decisiones anteriores.

Este supuesto de excepción es bien reconocido. Y es natural que constituya una de las circunstancias de excepción, no siendo necesario agotar, como dice la Comisión, "el recurso a los tribunales internos que tuviera por resultado la repetición de una decisión ya emitida". Esta circunstancia especial puede darse en el asunto en litigio o en otro de análoga naturaleza (322).

La misma excepción se adoptó en el asunto n° 808/60. El

(321) Decisión de 16 de Diciembre de 1957 y Decisión de 8 de Enero de 1959. En *Annuaire...*, vol. II, pp. 344-352. Asunto 899/50 "A. a.o. c. R.F.A." en *Recueil des Décisions* n° 9, pág. 4 y ss.

(322) Amerasinghe, C.F.: Ob. cit. pág. 294.

requiriente había sido víctima de una violación del artículo 6. Y debido a que los tribunales internos -austriacos- se habían pronunciado, negativamente, en una reclamación en contra del mismo artículo no era ya, por tanto, preciso el agotamiento, en vista de la sentencia anterior (323). Igualmente son dignos de mención, en análogo sentido, el asunto n° 515/59 (324), el asunto 514/59 (325) y el asunto n° 236/63 (326).

c) Lentitud o prolongación indebida del procedimiento.

La buena administración de Justicia comporta un desarrollo regular del proceso con plazos razonables y una cierta agilidad en la atribución de la reparación debida en caso de infracción legal. Este principio general está inserto en los fines perseguidos por el Convenio (327) y ha de ser puesto en práctica con la máxima justeza posible cuando se trata de los derechos fundamentales de la libertad y de la dignidad de la persona humana (328).

(323) Asunto n° 808/60 en *Annuaire...*, vol. V, pág. 202.

(324) En *Annuaire...*, vol. III, pág. 202.

(325) En *Annuaire...*, vol. III, pág. 203.

(326) En *Annuaire...*, vol. VII, pág. 224.

(327) Preámbulo del Convenio: "Garantía colectiva de las libertades fundamentales", en *Recueil de Textes*, pág. 102.

(328) Art. 5°: "Derecho del detenido o arrestado a ser juzgado en un plazo razonable", y art. 6° en *Recueil des Textes*, pp. 103-104.

El principio no podía dejar de ser aplicado con rigor en la interpretación y cumplimiento de las normas convencionales relativas a los recursos internos, cuyo agotamiento permite el desarrollo del sistema de protección estatuido por el Convenio.

Sería atentatorio contra los derechos proclamados por el Convenio que la tergiversación intencionada o negligente o simplemente efectiva de la regla del agotamiento entorpeciese, dificultase o impidiese en la práctica el reconocimiento y el respeto que merece la norma substancial que postula que la violación y el daño han de ser reparados debidamente (329).

La Comisión ha estado muy atenta a la necesidad de adoptar y condicionar la validez de la regla del agotamiento a las "circunstancias especiales" que justifican y exigen una buena administración de justicia en torno a la vida y derechos humanos de las personas integradas en la sociedad democrática del ámbito del Convenio.

En efecto, la Comisión ha establecido que la "prolongación indebida" de la reparación por parte de las autoridades internas, una vez introducido el recurso, "librará al individuo de tal obligación" (330). Decisión de 31 de Mayo de 1956 en el asunto n° 27/55 (331).

(329) Vitta, E.: Ob. cit. pág. 579.

(330) En Annuaire..., vol. I, pág. 138.

(331) Asunto n° 222/56, "X c. R.F.A.", en Annuaire..., vol. II, pp. 344 y ss. Asunto n° 214/56, en Annuaire..., vol. II, pág. 238.

Sin embargo, la falta de decisión interna definitiva no será considerada como "circunstancia particular" de excepción a la regla, si la "prolongación anormal" se debe a la interposición por parte del individuo de nuevos recursos, y por ello no se hubiese dado aún la decisión interna definitiva en el momento de la presentación de la reclamación ante la Comisión (332).

En la puesta en práctica de la excepción a la regla, la Comisión ha procurado basarse en la equidad para evitar que la interpretación "estricta" de la regla pudiera limitar al máximo el ámbito de aplicación del principio (333). Así en el Asunto n° 568/59 (334).

Ciertamente, la Comisión ha procedido con cautela cuando admite que la prolongación indebida del procedimiento puede constituir una circunstancia particular que releve al requirente de la obligación del agotamiento. Por un lado estima que corresponde al requirente probar lo bien fundado de sus alegaciones sobre esta cuestión (Asunto 222/56).

Y, por otro lado, reitera su juicio general de que "el carácter razonable de la duración del procedimiento" debe apreciarse en cada caso concreto y atendiendo a las circunstancias especiales que en cada caso concurren (335).

(332) Decisión de 16 de Diciembre de 1955 en el asunto n° 38/55. Véase decisión de 30 de Mayo de 1956, en el asunto n° 155/55, en *Annuaire...*, I, pág. 137.

(333) Antonopoulos, N.: *Ob. cit.* pág. 64.

(334) Véanse Asuntos n° 514/59, en *Annuaire...*, vol. III, pág. 197, Asunto n° 290/59 *Ibidem*, pág. 215. Asunto n° 458/59 *Ibidem*, pág. 237. Asunto n° 603/59, *Ibidem*, pág. 297.

(335) Art. 6° del Convenio, párrafo 1. En *Recueil des Textes*, pág. 104.

Es de observar que el pensamiento de la Comisión europea parece haber tenido buen eco fuera del ámbito de aplicación del Convenio. Nos referimos concretamente al artículo 35 de la Convención americana de 1968, que llega a considerar el "retardo malicioso en la decisión de tales recursos" como una circunstancia concluyente que exime de la obligación del agotamiento.

La Comisión no ha vacilado en oponerse a la aplicación mecánica de la regla comentada si de su riguroso cumplimiento pudiera generarse una denegación efectiva o un retraso inexplicable del reconocimiento de los principios substantivos del Convenio (336).

De ahí las diversas decisiones de la Comisión consagrand^o el criterio de que la lentitud excesiva, el retraso o la prolongación indebida del procedimiento interno son causa suficiente para dejar en suspenso la regla indicada en ciertos supuestos prácticos en los que se da la concurrencia de "circunstancias especiales" que justifican ampliamente la excepción a la regla (337).

(336) Amerasinghe, C.F.: Ob. cit. pág. 292.
Antonopoulos, N.: Ob. cit. pág. 63.
Wiebringhaus, H.: Ob. cit. pág. 698.

(337) En el asunto n° 27/55, en *Annuaire...*, vol. I, pág. 138, Asunto n° 22/56, en *Annuaire...*, vol. II, pág. 344-352, Asunto n° 261/57, Decisión de 16 de Diciembre de 1957, Asunto 222/56, en *Annuaire...*, vol. II, pág. 344.

d) Ineficacia de los recursos internos.

La doctrina y la práctica jurisprudencial internacionales han legitimado, desde hace mucho tiempo, el concepto de la excepción del agotamiento de los recursos internos por causa de su ineficacia (338).

El Convenio incorpora, explícitamente, la importante excepción (339) y la Comisión y el Tribunal europeo han desarrollado en diversas ocasiones, la noción aplicable de la excepción (340).

La materia es de suma importancia para la buena interpretación y aplicación de los textos convencionales relativos a la reparación del daño causado a la víctima de la violación de los derechos humanos (341).

(338) Sulliger, D.: Ob. cit. pp. 110 y ss, relativas al derecho consuetudinario en la materia, pp. 121 y ss. relativas al derecho convencional y tratados relativos a arreglos de diferencias.

(339) Ibidem, pp. 122 y ss.

(340) Entre otros: Asunto 712/60, en *Annuaire...*, vol. IV, pp. 385-401. Asunto "Stögmüller" en *Publ. Cour. Eur. D.H. Série A*, n° 9, pág. 49.

(341) Asunto de Wilde, Ooms y Versyp. "Vagabundeo". *Publ. Cour. Eur. D.H. Série B*, vol. 11, pág. 115.

Ahora bien, si el acuerdo es general en el terreno de los principios, pronto, sin embargo, se desencadena la discusión teórico-práctica cuando se trata de su utilización en el terreno práctico-jurídico y se entrecruzan los intereses divergentes del Estado y del individuo ante la Comisión o el Tribunal europeo.

La doctrina jurisprudencial emanada de la aplicación del Convenio constituye, desde luego, un mérito indudable en el proceso de clarificación de las ideas sobre el tema.

La interpretación del artículo 26, según la Comisión, ha de hacerse de forma razonable de acuerdo con los principios de D.I. generalmente reconocidos y por ello, la obligación del agotamiento de los recursos internos "se limita" a exigir del requirente "el ejercicio normal de los recursos susceptibles de ser eficaces" (342).

En consecuencia, dejará de ser necesario "si el requirente puede establecer que, en las circunstancias del caso concreto, el recurso tiene pocas posibilidades de ser eficaz y apropiado a los perjuicios sufridos. La línea básica de la excepción al ejercicio del agotamiento responde, esencialmente, entre otras, a dos condiciones generales:

- a) Adecuación del recurso al objetivo de la reclamación que persigue la reparación debida.

(342) Resolución del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Granada, en: Resoluciones del I.D.I. Ob. cit. pág. 10.

De ahí que los comentaristas de la excepción declaren:

"El hecho de que existan recursos idóneos constituye un límite general a la aplicación de la regla" (343).

b) Utilidad práctica del recurso establecido:

Si es superfluo o inútil no se corresponde con la eficacia debida. Este parecer es bien sostenido por la doctrina. Así Castberg: "an international examination of the case is not excluded by the failure of the applicant to appeal to a court to which it would obviously be useless to apply" (344).

El principio internacional que sirve de base a la Comisión y el Tribunal europeo es muy claro, el artículo 13 del Convenio sienta, sin lugar a dudas, el criterio general de la efectividad, tan consustancial con el D.I. común (345). Textualmente se exige:

- a) Toda persona, cuyas libertades o derechos hayan sido violados, debe de tener el acceso debido y adecuado a los tribunales internos para formular su legítima reclamación, esto es, disponer del recurso idóneo.

(343) Vitta, E.: Ob. cit. pág. 586.

(344) Castberg, E.: Ob. cit. pág. 43.

(345) Miaja de la Muela, A.: "Introducción al derecho internacional público", Madrid, 1970. El principio de la efectividad, pp. 70-75.

- b) El recurso ha de ser forzosamente "efectivo" (346).

Naturalmente, la Comisión ha recordado y aplicado en diversas ocasiones este principio clásico de la efectividad.

No es necesario siempre que el recurso interno se circunscriba al orden de los Tribunales judiciales de primera o segunda instancia, puede extenderse a la jurisdicción administrativa, al Tribunal Supremo nacional, e incluso a los Tribunales de garantías constitucionales (Asunto Golder y Klass) (347).

El pensamiento consagrado por la doctrina y práctica jurisprudencial del Convenio puede, claro está, ser objeto de una definición mucho más genérica que ha sido empleada no sólo por los tribunales arbitrales sino también por otros Convenios específicos sobre Derechos humanos.

(346) El art. 13 del Convenio exige que los Estados Partes realicen las modificaciones pertinentes en su Ordenamiento Jurídico interno a fin de establecer "recursos eficaces" en Recueil des Textes, pp. 105-106. Mertens, P.: *Le droit de recours effectif devant les instances nationales dans la Convention européenne des droits de l'homme*. En ob. cit. pp. 40-42.

(347) No tiene por qué tratarse de recursos judiciales sino de cualquier vía de recurso. Asunto Golder. Sentencia 21 de Febrero de 1975, en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A., n° 18, pág. 16, 83. Asunto "Klass y otros", Sentencia 5 Septiembre 1978. Conseil de l'Europe, pág. 24. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 28, párrs. 73-75. Uribe Vargas, D.: Los Derechos Humanos y el sistema In-

La convención americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 entró en vigor el 17 de julio de 1978, a los nueve años de haber sido suscrita en San José de Costa Rica debido en gran parte al impulso de la Resolución XIV aprobada por la segunda conferencia Interamericana Extraordinaria de Rio de Janeiro. En la que mediante la Resolución XII se conferirían también más amplias facultades a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, muy especialmente, en lo relativo a las comunicaciones.

En el art. 46 de la Convención Americana se regula en el apartado a) del primer párrafo:

"que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho internacional general mente reconocidos"

y se prevee la excepción a la aplicación de la regla en los apartados a) y b) del segundo párrafo del art. 46, que estipula el supuesto de ineficacia de los recursos internos:

"No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados";

"No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o haya sido impedido de agotarlos".

La inobservancia de la carga del agotamiento obliga a la Comisión a rechazar la reclamación. Así el art. 47:

"La Comisión declarará inadmisibile toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando: a) Falte alguno de los requisitos indicados en el art. 46".

Es la noción bien conocida de "denegación de justicia": "salvo cuando el peticionario haya sido víctima de denegación de justicia o no se le permitiera acudir a los Tribunales" (348).

Asimismo, hemos expuesto antes la clarificación del concepto ofrecido por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Granada, estableciendo que lo esencial para aplicar esta regla -previo agotamiento- no se trataba de si los recursos revisten carácter ordinario o extraordinario sino que se requería que los recursos disponibles fuesen "eficaces y suficientes" (349).

(348) Alcalá Zamora, N.: Ob. cit. pp. 84-85.
 Amerasinghe, C.F.: Ob. cit. pp. 296-297.
 Díez de Velasco, M.: "Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la Convención Europea de Derechos del Hombre". en Homenaje a N. Pérez Seirano, Madrid 1959, pp. 583-585, aquí pp. 605-606.
 Ruiloba, E., ob. cit. pág. 327, punto 40. Entre otros: Asunto n° 172/5 en Annuaire..., vol. VII, pág. 211 y Asunto "Nielsen c. Dinamarca", en Annuaire..., vol. II, pág. 412 y ss.

(349) Resoluciones del I.D.I. ob. cit. pág. 10. en la Resolución

Es muy ilustrativo, también, el asunto "Lawless" en lo que concierne a la fecha determinante del periodo del agotamiento. El Gobierno irlandés entendía que el momento decisivo a tal fin debía ser la fecha de presentación de "la demanda inicial" solicitando la puesta en libertad y la indemnización. Si el recurso ante la instancia primera de detención quedaba comprendido en el ámbito del artículo 26, no podía declararse admisible la demanda (350).

.../...

(347)

teramericano". "Los Derechos Humanos y el sistema Interamericano". Madrid, 1972, pp. 333-334, sobre la Comisión interamericana véase C. García Raner: "Protección Internacional de los derechos humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos" en el "Séptimo curso de Derecho Internacional organizado por el comité Jurídico Interamericano" (agosto 1980). Secretaría General de la O.E.A." Washington 1981, pp. 250-276.

.../...

(349)

del 18 de Abril de 1956 se requerían como condición vías previas de recurso disponibles a la persona lesionada siempre y cuando fuesen eficaces y suficientes.

- (350) Asunto n° 332/57 en *Annuaire...*, vol. II, pág. 318. Véase Asunto n° 4517/70 "Huber c. Austria" en *Annuaire*, vol. XV, pp. 548 y ss. Asunto de "Vagabundeo" en *Publ. Cour. Eur. D.H. Série A*, n° 12, párf. 95. Asunto "Klass y otros c. R.F.A.", en *Publ. Cour. Eur. D.H. Série A*, n° 28, párf. 61-72.

Por el contrario, la Comisión declaró textualmente: "como jurisdicción internacional, no está obligada a los mismos formalismos que las nacionales". Es de observar que en este punto la Comisión invocó al efecto el asunto Mavrommatis, resuelto por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (351).

Por último, respecto a la alegación del Gobierno, que sostenía que el demandante no había ejercido el recurso interno de que disponía la Comisión entendió el procedimiento previsto que consistía en la adopción de un compromiso para respetar la Constitución y las Leyes y no pertenecer a una organización para ser puesto en libertad. La Comisión estimó que la aceptación de tal compromiso por un detenido no constituía un procedimiento previsto por la ley, y por consiguiente éste no podía ser considerado como un auténtico recurso interno en el sentido de los Principios de D.I. generalmente reconocidos, no siendo exigible su agotamiento.

La Comisión comprobó que Lawless había agotado los recursos de que disponía ante los Tribunales ordinarios, debido a que, cualquier acción ante los Tribunales ordinarios con motivo de su detención, "en virtud de la ley 1940", "ne lui offrait pas de perspectives raisonnables de succès et

(351) Se deducía de la carta del demandante de 16 de Diciembre de 1957 que a pesar de haber sido puesto en libertad, deseaba mantener la demanda C.P.J.I. 1924, Série A, n° 2, pág. 34.

"doit être tenue pour un recours inefficace", en el sentido de los principios de D.I. generalmente reconocidos en la materia; rechazando la acción del "habeas corpus", el requirente había satisfecho la condición de los artículos 26 y 27 (3) (352).

Por su parte el Gobierno irlandés observó que Lawless podía haber interpuesto una acción contra la detención arbitraria en razón del "breve período que correspondía a su traslado del establecimiento del arresto en Dublin al campo de internamiento en Curragh". Esta alegación no fue admitida por la Comisión, que consideró que:

- 1) Hubiese correspondido únicamente a una porción mínima del período de detención.
- 2) Si hubiese logrado una sentencia que calificase la detención de arbitraria, ello no habría podido modificar su situación respecto al período posterior de la detención, en virtud de la ley de 1940.

De todo ello se deducía que:

- 3) La acción constituía un "recurso ineficaz respecto a las alegaciones que constituirían objetos de la demanda" de Lawless.

La Comisión, ante la cuestión de si el recurso ante la

Comisión de detención quedaba comprendido en el artículo 26 y que exigía en principio su agotamiento, entendió que puesto que dicha Comisión no estaba habilitada para ordenar la puesta en libertad del detenido ni siquiera estaba facultada para recomendar la decisión de una indemnización consideró, por consiguiente, "que el derecho de acción ante la Comisión de detención -invocado por el Gobierno irlandés- no era un recurso efectivo y adecuado a fin de obtener la reparación reclamada por el requirente (353).

e) Imposibilidad de éxito.

A primera vista, parece discutible estimar, de antemano, las perspectivas de éxito de un recurso determinado. Es cierto que este criterio no debe ser enunciado de un modo genérico (354) ni confiado, naturalmente a la apreciación subjetiva del requirente. Pero entre las dos excesivas actitudes jurídicas existen diversos matices teórico-prácticos que han sido enjuiciados y bien definidos por la Comisión:

"a reasonable prospect of success". Este criterio determinante de la efectividad de recursos fue reiterado claramente:

(353) En Annuaire..., vol. II, pág. 318.
Eissen, M.A.: "Le Premier arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme". "Affaire Lawless" -exceptions préliminaires et questions de procédure-. En: AFDI, 1960, pp. 444 y ss.

(354) Wiebringhaus, H.: Ob. cit. pág. 698.

"cuando no existe una razonable posibilidad de éxito y pueden ser considerados como remedios eficaces". Decisión 9 Junio 1958. En el Asunto 214/56. (355).

El agotamiento de un determinado recurso puede resultar superfluo, si hubiese sido inútil.

La idea enunciada por la Comisión aparece revestida de reflexiones:

"Si existe duda acerca de si un recurso es o no intrínsecamente válido para ofrecer una auténtica posibilidad de éxito, éste es un punto que debe ser sometido a los propios Tribunales internos antes de apelar a un Tribunal Internacional" (Asunto Retimag) (356).

Se entiende, de esa forma, que la simple duda o la opinión personal sobre la eficacia y la posibilidad de éxito de un recurso no es suficiente. El principio de excepción requiere haber sido contrastado en el ejercicio y uso de las instancias internas para concluir después del análisis la pertinencia de la excepción. Vuelve de nuevo, a asomarse el criterio jurisprudencial de las "circunstancias peculiares" del caso,

(355) "Lawless c. Irlanda", Asunto n° 332/57, Annuaire..., vol. II, pág. 618.

(356) Asunto n° 712/60 en Annuaire..., vol. IV, pág. 400. En cuanto a la opinión personal sobre probabilidad de éxito, véase Annuaire..., vol. I, pág. 148.

cuya ponderación ofrece a la Comisión una amplia esfera de discrecionalidad en aras de los derechos humanos (357). Como dice la Comisión, es preciso que la duda se apoye en "elementos susceptibles de probar la ineficacia o insuficiencia del recurso". Asunto n° 289/57 (358).

Y como mayor explicación y fundamento de la excepción se ha establecido una norma general muy digna de ser tomada en cuenta: el supuesto claro de la ineficacia de un recurso viene constituido por la existencia de una "jurisprudencia interna constante" desfavorable al requirente (359).

f) Parcialidad de los Tribunales y la denegación de justicia.

Es juicio general bien aceptado por la doctrina y la práctica internacional el que proclama la efectividad. Para que el recurso sea efectivo se requiere que la instancia in-

(357) Amerasinghe, C.F.: Ob. cit. pág. 295.
Antonopoulos, N.: Ob. cit. pág. 65.

(358) Asunto n° 712/60 en Annuaire..., vol. IV, pág. 401, en Recueil des Décisions n° 8, pág. 38, y Asunto 1427/62, en Recueil des Décisions, n° 10, pág. 25.

(359) Asunto 289/57 en Annuaire..., vol. I, pp. 148-149. Y Asuntos n° 222/56 en Annuaire..., vol. II, pág. 343. n° 514/48 en Annuaire..., vol. III, pág. 196. y n° 1936/63 en Annuaire..., vol. VII, pág. 224.

terna ante la que se interponga y reúna las condiciones mínimas de independencia de imparcialidad y de competencia (360).

Y es lógico que solo pueden considerarse los recursos internos como efectivos en que esté garantizada la imparcialidad de los Tribunales Internos.

El informe de la Comisión -5 de Noviembre de 1968-, en el Asunto X contra Grecia (361), estimó que cuando los jueces son inhabilitados por motivos políticos no es fácil considerar que el recurso ante tales tribunales pueda resultar efectivo. En el asunto litigioso, ciertos magistrados griegos habían sido inhabilitados de su función por motivos políticos. A partir de la instauración de la dictadura en Grecia (abril de 1967) no era dable pensar que los recursos normales fuesen a gozar de las garantías necesarias para ser eficaces. En tales circunstancias se comprende la declaración siguiente:

(360) Velu, J.: "Les Voies de Droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la Convention Européenne des droits de l'homme" en "Les Recours des Individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen". Bruselas 1978, pp. 187-243, en concreto pág. 203.

(361) Asuntos n.º 3321/67 "Dinamarca, Noruega, Suecia contra Grecia". Decisión de 31 Mayo 1968, en *Annuaire...*, vol. II, pp. 730-768. Informe de la Comisión en el Asunto griego de 5 Noviembre de 1969, vol. I, 1 parte pp. 210-212 y 211-212. Véase Castsberg, F.: *Ob. cit.* pp. 46-47. Asunto "Austria c. Italia", Demanda 788/60. Véase Rapport A. 84.548, pág. 57. Spatafora, E.: *Ob. cit.* pág. 107.

"Cuando el requirente estima que una jurisdicción no puede darle suficientes garantías de imparcialidad debido a su composición o bien a causa del ambiente local viciado o debido a una tensión política grave".

Puede ejercitar la acción, si existe "sospecha legítima", ante la jurisdicción superior a fin de interrumpir la acción en curso ante el Tribunal que hubiera sido "normalmente competente".

Al elaborarse el Convenio, el Comité de expertos gubernamentales no llegó a un acuerdo sobre una enmienda que se proponía especificar ante qué órgano debía ejercerse el recurso por supuesta imparcialidad. Pero dejó bien claro que el recurso debería ser "ejercido ante Tribunales nacionales cuya independencia estuviese garantizada".

El Convenio no hace referencia explícita al tema en concreto del órgano adecuado, pero es muy claro el principio establecido en su artículo 13.

Se trata pues de "una instancia nacional" que debe estar revestida del carácter jurisdiccional. Al decir jurisdiccional no se excluyen las autoridades administrativas. El recurso a ejercer tiene que ser "efectivo". Lo esencial es que constituya un auténtico recurso. Podrá ser la autoridad ur Tribunal, administrativo o incluso una autoridad legislativa (362). Esta interpretación general no es compartida por igual

(362) Vasak, K.: "La Convention Européenne des Droits de l'homme", París 1964, n° 55, pág. 29.

por todos los comentaristas. El recurso -se ha dicho- debe necesariamente presentar unas garantías que "únicamente" están en condiciones de ofrecer las instancias de carácter judicial". Es cierto que la "independencia, imparcialidad y garantías del procedimiento" son "conditio sine qua non" de la buena administración de Justicia. Es el concepto anglo-sajón del "due process of law". Sin embargo prevalece la opinión de que el artículo 13 del Convenio garantiza de modo suficiente el principio general. Cualquier clase de "violación" y, por tanto, la parcialidad, debe poder ser objeto del "recurso efectivo". El principio implica una doble garantía para la víctima de la violación de los derechos humanos.

De la instancia nacional, debe, en general, emanar la decisión obligatoria que anule o repare la violación (363).

El recurso en términos generales, y por ello contra la parcialidad, "sólo podrá considerarse que es efectivo si la decisión adoptada vincula a todas las autoridades del Estado interesado". Por ello, se dice que la decisión reparadora debiera basarse "en el derecho interno existente" (364).

El referido artículo 13 puede, por tanto, ser invocado

(363) Velu, J.: Ob. cit. pág. 204.

(364) Golson, H.: "The European Convention on human rights before Domestic Courts", en B.Y.I.L., 1962, vol. XXXVIII, pp. 445-556, aquí pág. 455-556.

en los supuestos de parcialidad como una de las violaciones posibles del Convenio:

"aunque la violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

La parcialidad contraviene, en fin, la norma categórica del artículo 6 del Convenio.

Velu estima que pueden considerarse eficaces los recursos jerárquicos y los recursos de tutela, es decir los dirigidos ante la autoridad superior jerárquicamente del autor del acto, o bien el recurso ejercido ante la autoridad que ejerce funciones de tutela sobre el autor del acto (365).

Por tanto, para que un recurso pueda considerarse efectivo son imprescindibles ciertas garantías respecto a la autoridad ante quien se interponga el recurso ésta deberá ser independiente e imparcial (366) y además el procedimiento que se cele-

(365) Velu, J.: Ob. cit. pág. 46.

(366) Castberg, F.: Ob. cit. pág. 46.
En cuanto a la finalidad del art. 6° véase Asunto "Neumeister", en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 8, parfs. 22-23. Asunto "Matznetter" en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 10, párf. 13. Asunto "Wemhoff" en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 7, párf. 19. Asunto "Delcourt" en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 11, parfs. 20-39, 42. En cuanto al derecho de acceso a los tribunales véase asunto "Golder" en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 18, pág. 18, en este mismo asunto en cuanto a la denegación de asistencia de letrado gratuita véase en Annuaire..., XIV, pp. 416 y ss.

bre deberá adecuarse a las reglas que exige el artículo 6° de buena administración de justicia.

El art. 6° que prescribe las características inherentes al órgano para que esté capacitado para administrar justicia en equidad, y además exige que el procedimiento sea ágil y público siempre que no concurran circunstancias especiales que desaconsejen su publicidad por perjudicar los intereses de la justicia, y además confiere al acusado los derechos procesales necesarios para una buena administración de justicia, la presunción de inocencia y el derecho a ser informado de la acusación de que es objeto así como los derechos de defensa, tiempo y facilidades necesarias para su reparación, el derecho a una defensa efectiva ya sea por sí mismo o por mediación de un abogado y por último el derecho a interrogar o haber interrogado a los testigos de cargo como a convocar e interrogar a los testigos de descargo en las mismas condiciones que a los primeros, requisitos todos ellos imprescindibles para que el recurso se adecue al objetivo que ha de obtener la parte lesionada.

.../...

En cuanto a las eventuales limitaciones al derecho véase el citado asunto en Publ. Cour. Eur. Série A, n° 18, párrfs. 37-40. Asunto "Ciertos Aspectos del Régimen Lingüístico de la Enseñanza en Bélgica", en Publ. Cour. Eur. D.H., série A, n° 6, párrfs. 5 y 32. Por último Asunto "De Becker" en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 4, pág. 26.

La expuesta excepción -parcialidad de los Tribunales- a la regla del agotamiento subyace en otra noción general bien notoria, como es la llamada denegación de justicia. Se ha dicho que esta noción es tan amplia que comprende toda clase de infracción posible (367).

Por otra parte, nos parece adecuado señalar aquí la denegación de justicia, porque según la doctrina y la jurisprudencia internacionales suele ser, en su concepción estricta, precisamente cometida con motivo del comportamiento, tildado de "parcialidad", de los Tribunales internos (368).

Claro está que la prohibición o el acceso obstaculizado a la utilización de los recursos o las irregularidades en el desarrollo del proceso o los atentados a la "moralidad" en una "sociedad democrática" (art. 6º del Convenio) o cualquier clase de parcialidad pueden, justificadamente, calificarse, en

(367) Velu, J.: Ob. cit. pág. 207.

(368) Entre otros véanse:
Asunto n° 5613/72 "Hilton c. Gran Bretaña".
Véase Informe de la Comisión de 6 de marzo de 1978, párrs. 103-107, en Décisions et Rapports, 4 pp. 177 y ss. Asimismo asunto "Golder c. Países Bajos" en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 18, párr. 2.B.
Asunto "Lawless c. Irlanda", en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 3, pág. 52. Asunto "Delcourt c. Bélgica", en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 11, pp. 14-15.

términos generales, de "denegación de justicia" (369). Y desde luego la protección de los Derechos humanos ha sido quebrantada, en más de una ocasión, por actos u omisiones de las instancias nacionales que dejaron de administrar bien la justicia.

En todo caso, es un principio, de Derecho internacional que el Convenio no define explícitamente, aunque subyace en la esencia misma del sistema de protección humana que establece. Así ha confirmado la Comisión la interpretación y aplicación de sus normas: Asuntos n° 1211/61 y 172/56 (370).

El acceso a los recursos es indispensable si se exige su agotamiento (371). Y el remedio efectivo establecido por el artículo 13 es claro. Su objetivo fue expuesto como ya hemos dicho por el relator del Convenio de Roma Pierre Henri Teitgen en su célebre alocución a la Asamblea Consultiva de 19 de Agosto de 1949, invocando a Montesquieu: "Donde hay poder existe la tentación de abusar de él": Teitgen subrayó que la necesidad de otorgar un remedio efectivo a nivel nacional que protegiese al individuo frente a cualquier abuso de poder por parte de los órganos estatales (372).

(369) Recueil des Textes, pág. 104.

(370) Asunto n° 1211/61 en Annuaire..., vol. V, pág. 224.

(371) Amerasinghe, C.F.: Ob. cit. pág. 296.

(372) Teitgen: Alocución a la Asamblea, 1949. Véase Recueil des Travaux Préparatoires, vol. III, pp. 75 y ss.

En la concepción teórico-práctica, "no es oponible la regla del agotamiento cuando el propio estado demandado ha impedido la actuación de sus tribunales internos o ha declarado su incompetencia" (373).

En el supuesto de denegación de justicia no se requiere el agotamiento de los recursos internos ya que en el supuesto del Convenio, "el Estado que comete el acto ilícito de la denegación de justicia será responsable por violar el artículo 6° del Convenio.

Es bien manifiesto que la denegación de justicia engendra la responsabilidad internacional. Se considera directamente invocable la norma "en tanto en cuanto estén de por medio súbditos de un Estado extranjero". Pero al mismo tiempo cabe agregar que el Convenio ampara por igual a los nacionales que sufran una denegación de justicia. Deberán actuar ante la jurisdicción interna competente en virtud del artículo 13.

Es muy clara la definición general de la doctrina:

"La denegación de justicia en contra de los propios nacionales queda consagrada por un procedimiento indirecto como violación a los derechos fundamentales del hombre europeo y cabría, haciendo una interpretación extensiva y analógica, sostener que la doctrina respecto al asunto contenida en los Principios

(373) Ruiloba, E.: Ob. cit. pág. 327, punto 40.

generales del D.I. es aplicable" (374).

El tema de la renuncia lo hemos analizado al examinar la práctica introducida por la Comisión a raíz de la modificación del Reglamento de la Comisión. La excepción del agotamiento no es oponible "cuando el Estado demandado ha manifestado, de forma jurídicamente vinculante, su voluntad de renunciar a su alegación (375).

Citemos al efecto los siguientes asuntos: Asunto n° 1994/63 y Asunto n° 1772/62 y Asunto n° 808/60 (376).

Por su parte, el Tribunal se ha manifestado en igual sentido:

(374) Díez de Velasco, M.: "Mecanismos de garantía y medios procesales de Protección creados por la Convención Europea de Derechos del Hombre". Homenaje a N. Pérez Serrano. Madrid, 1959, pp. 585-663, aquí pp. 605-606.

(375) Ruiloba, E.: Ob. cit. pág. 327.
Robertson, A.H.: afirma que "It will not be the case of the respondent Government has manifestly declined to raise the issue when it was invited to express his opinion on admissibility", en ob. cit. pág. 162.

(376) Asunto 1994/63, en *Annuaire...*, vol. VII, pág. 252.
Asunto n° 1772/62 en *Recueil des décisions*, n° 12, pág. 45.
Asunto n° 808/60 en *Recueil des décisions*, vol. VIII, pp. 80-90.

El Estado demandado puede renunciar al uso de la regla del no-agotamiento. Si el objetivo esencial de la regla es el de proteger el orden jurídico nacional, ofreciendo al Estado la ocasión de hacer mejor justicia en caso de una reclamación privada, y ese es el sentido que subyace en la larga práctica internacional -que confirma el artículo 26-, es posible que el Estado "renuncie" a su invocación en el curso del procedimiento ante la Comisión. Por ello, el Tribunal considera difícil imaginar que el Estado se encuentre facultado para "retirar la renuncia discrecionalmente", después de que el mismo asunto ha sido sometido al examen del Tribunal (377).

Por último ha sido considerada como circunstancia particular que sirve de excepción al requisito del agotamiento el supuesto de "incompatibilidad de las medidas y prácticas internas con el Convenio" (378).

La Comisión ha establecido en su jurisprudencia que la regla que exige el agotamiento no deberá ser exigida en el supuesto de que una demanda plantee como interés genérico la compatibilidad de medidas y prácticas administrativas con el

(377) Asunto de Wilde, Ooms y Versyp en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 12, párrs. 47-62.

(378) Véase decisiones en cuanto a la admisibilidad en el primer Asunto de Chipre, en *Annuaire...*, vol. II, pp. 182 y 184, en el primer Asunto griego, en *Annuaire...*, vol. XI, pp. 690, 726 y pp. 730, 768-770, y en el segundo Asunto Griego, *Récueil de Décisions*, vol. 34, pp. 70, 73.

propio Convenio (Asunto Irlanda contra Gran Bretaña) (379).

Ya que a la Comisión corresponde el "control activo sobre los actos legislativos, administrativos y judiciales de los Estados siempre que dichos actos resulten incompatibles con el Convenio". La vigilancia e inspección confiadas a la Comisión han sido calificadas de "control político" (380).

c') Hipótesis de excepción inadmisibles.

Analizados los diversos supuestos justificativos de la inaplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos, procede, ahora, el examen de aquellas otras hipótesis de excepción invocadas y discutidas, ante la Comisión y sobre los que se ha elaborado doctrina y estableció la jurisprudencia contraria a su admisibilidad.

Conforme a los criterios generales establecidos, no pueden, en principio, considerarse como causas de excepción a la regla del agotamiento los supuestos siguientes:

- a. La carencia o insuficiencia de medios económicos.
- b. La ignorancia de la existencia del recurso o de la competencia del órgano interno.

(379) Demanda nº 5310/71 "Irlanda contra Gran Bretaña". Anexos I y II al Rapport de la Commission européenne des 25 Janvier de 1976. Consejo de Europa droits de l'homme, Estrasburgo, 1976, pág. 114.

(380) Spatafora, E.: Ob. cit. pág. 101.

- c. La opinión subjetiva sobre la improbabilidad de éxito del recurso.
- d. La diferencia de redacción en los textos oficiales.
- e. Las condiciones y el mal estado de salud.
- f. La negligencia del abogado.

a. La insuficiencia de medios económicos no se admite como circunstancia que tenga carácter especial para eximir al individuo de la obligación del agotamiento. (Así se expresó la Comisión en los siguientes asuntos n° 181/56, 275/57, 294/57 y 326/57 (381).

El demandante alegaba como causa eximente la carencia de recursos económicos. Sin embargo, la Comisión declaró inadmisibles la demanda, porque el requirente no había solicitado asistencia judicial y había incumplido la obligación que le correspondía de agotar los recursos internos.

La justificación de la interpretación realizada por la Comisión se basa en el hecho legal de que el requirente puede ser asistido por un abogado de oficio, en el supuesto de que pruebe la necesidad de la asistencia gratuita por carencia o insuficiencia de medios económicos para sufragar dichos gastos.

La "asistencia judicial" ha sido objeto de regulación

(381) En Annuaire..., vol. I, pp. 140-141, 107-108.

especifica por el Comité de Ministros del Consejo que a tal efecto resolvió el 25 de Octubre de 1963 por medio de sus delegados aprobó la Resolución (63) 18. (382).

El 25 de Octubre de 1963, los Delegados de los Ministros europeos aprobaron en nombre del Comité, la Resolución (63) 18 (383). Se acordó el otorgamiento de asistencia judicial a los particulares que hayan introducido una demanda ante la Comisión europea de derechos humanos.

El Comité aprobó el sistema de ayuda y decidió que ésta corriera a cargo de los gastos de funcionamiento de la Comisión, y por tanto, la asistencia será incluida en el presupuesto del Consejo de Europa.

La concesión de la asistencia a los particulares ha sido prevista, a su vez, para la fase de examen de la admisibilidad, en aplicación del artículo 45 párrafo 2º o párrafo 3º (b) del Reglamento interno de la Comisión (384). Y la ayuda

(382) Resolución (63) 18 del Comité de Ministros, en *Annuaire...* vol. VI, pp. 23-27.

(383) Resolución (63) 18 del Comité de Ministros, aprobada el 25 de Octubre de 1963, en *Annuaire...*, vol. VI, pp. 23-27.

(384) El art. 45, pfo. 2º prescribe la comunicación al Gobierno demandado de la presentación de la reclamación particular así como la invitación que realiza la Comisión a dicho gobierno a fin de que presente sus observaciones respecto a la admisibilidad de la misma. *Recueil des Textes*, pág. 311.

podría, también, ser otorgada una vez que la demanda haya sido admitida.

La asistencia judicial ha de ser solicitada por el requirente o por la persona que los represente o asista.

Es curioso observar que no solo la persona interesada, sino también la Comisión, "motu proprio", está facultada para el ejercicio del mismo derecho en favor del requirente.

La Comisión notifica al Gobierno demandado su intención de conceder dicha asistencia gratuita al requirente para que presente sus observaciones. Transcurrido el plazo fijado por la Comisión, ésta decide la concesión de la asistencia, tanto si el Gobierno no presenta observaciones como si no las hubiese proporcionado.

Los gastos contemplados por la Resolución (63) 18 del Comité de Ministros de 25 de Octubre son los siguientes:

- a) Los gastos por desplazamiento y estancia extensible a los ocasionados por el mismo motivo por su representante o asesor.
- b) Cualquier gasto necesario expuesto por el requirente o por la persona que le asista o le represente a condición de que se produzcan con motivo del procedimiento ante la Comisión.
- c) Los honorarios de sus asesores. Pudiendo cubrir los servicios de más de un jurista. El de asesor es amplio comprendiendo-

se en esta categoría (abogados procuradores, profesores de derecho y "a toda persona legalmente cualificada que tenga un estatuto análogo"). La cuestión de la asistencia de un defensor fue tratada en el asunto Kamma contra Holanda en la decisión parcial de la Comisión de 30 de Mayo de 1972.

Ampliando la argumentación expuesta, el Comité de Ministros aprobó el 21 de Marzo de 1978, la Resolución 78/8 que establece mínimas de "asistencia". Se persigue, a tal fin, una armonización legislativa por parte de los Estados Miembros (385).

En este sentido, los principios contenidos en el artículo 6 del Convenio son muy claros. Por un lado, el acusado tiene derecho a la asistencia necesaria para su defensa.

Cuando carezca de medios para remunerar a un defensor, puede ser "asistido gratuitamente por un abogado de oficio" -párrafo c)- y, por otro lado, el acusado goza, también, del derecho de verse auxiliado "gratuitamente por un interprete", cuando no comprenda o no hable el idioma empleado en la audiencia - párrafo 3)-.

(385) Véase Recueil des Textes. Addendum al Reglamento interno de la Comisión, pp. 315 y ss.
El Comité de Expertos para la promoción y educación de los D.H., estudia la posibilidad y tiene interés en que aparezcan publicaciones a fin de informar a las personas interesadas acerca de los recursos de que disponen según el Convenio. Véase Doc. C.D.D.H. (79) 3, en sus puntos 11 y 12 del orden del día, Estrasburgo 2 de Abril de 1979, véase pág. 14.

En consecuencia el requirente carente de medios económicos puede disfrutar, en todo caso, de un juicio equitativo y disponer, cuando es preciso, de los servicios gratuitos de un defensor y de un intérprete. Así se dió la debida explicación al artículo 2 párrafo 3º e), en el asunto (Asunto Luedicke, Belkacem y Koç contra la República Federal Alemana) (386).

La Comisión, en el informe que elevó al Tribunal sobre dicho asunto, y el propio Tribunal se mostraron unánimes al considerar que las decisiones internas violaban el artículo 6 (3) del Convenio, (387) por haber condenado a los demandantes a los gastos de intérprete, con respecto a hechos integrantes de la protección establecida por el artículo 6 (3) e).

El Tribunal resolvió por unanimidad, que la República Federal de Alemania debía reembolsar a los demandantes los gastos de intérprete. Contrariamente a la pretensión del gobierno alemán, el Tribunal interpretó que el sentido o significado ordinario de los términos "gratuitement" y "free" equivalía y debía entenderse "sin atribución o sin gastos", "dont on jouit sans payer", es decir se debe estimar como una "dispensa o exoneración definitiva" (388).

(386) Sentencia de 28 de Noviembre de 1978 en el Asunto nº 6210/73 c. R.F.A. en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, nº 29, párrfs. 31-37. Véase asimismo en cuanto a la interpretación del término "gratuita" en Décisions et Rapports vol. 4, pág. 200.

(387) Ibidem, párrfs. 38-50.

(388) En su opinión separada el juez Lagergren estimó que: "el acusado declarado culpable debe ser dispensado de

b. La mera ignorancia de la existencia de un recurso no es causa suficiente para descartar la aplicación de la regla del agotamiento (389). Este criterio esencial había sido ya anunciado anteriormente y de modo genérico por la mayoría de los ordenamientos internos de los países miembros del Consejo de Europa, "la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento", (390), el criterio expuesto ha sido sostenido por la Comisión en los siguientes asuntos: n° 1211/61, y n° 1404/62 (391).

No se exime, tampoco, al requirente de la obligación del agotamiento en el supuesto de que desconozca la esfera o el ámbito de la competencia del Tribunal interno.

El hecho de que una persona abrigue dudas sobre si está facultada o no, o sobre si tiene o no derecho a invocar un recurso determinado, o si el determinado recurso ofrece la probabilidad del éxito a que aspira la persona interesada consti-

.../...

remunerar al abogado defensor cuya asistencia le ha sido conferida al menos hasta que tenga medios suficientes para pagarlo", en sentencia cit. loc. cit. pág. 20.

(389) Cavaré, L.: "Le droit international public positif", París 1969, t. II, pág. 440 y la nota n° 79.

(390) El art. 2 del Código Civil de España.

(391) Asunto n° 1211/1961 en *Annuaire...*, vol. V, pág. 224 y ss. Así como en *Recueil des Décisions*, n° 9, pág. 46 y ss. Asunto n° 1918/1963 en *Recueil* n° 12, en *Annuaire*, vol. V, pp. 224. *Annuaire...*, vol. VI, pág. 484. Asunto n° 1004/62 en *Annuaire* vol. VII, pág. 124.

tuyen circunstancias particulares que han sido alegadas por los requirentes para considerarse exentos de la obligación del agotamiento. Estas circunstancias específicas no eximen, según la Comisión, del deber general enunciado por el Convenio. Este criterio se expresó claramente en el Asunto 289/57 (392).

c. La opinión subjetiva sobre la improbabilidad de éxito del recurso no justifica la excepción. Este criterio subjetivo es distinto de la excepción fundada en la inutilidad del recurso. Cuando analizamos antes la eventualidad del ejercicio de un recurso de resultados más que improbables, advertimos que la improbabilidad debería fundarse en elementos suficientes que permitan considerar, razonablemente, el ejercicio de un recurso concreto como inútil.

Esta excepción se asienta en testimonios y elementos de prueba objetivos y es bien distinta del razonamiento, suposición u opinión meramente subjetivas.

La Comisión ofreció una clara actitud en el asunto 289/1957 (393). Estimó que no era suficiente la opinión personal sobre la supuesta ineficacia del recurso sino que se requerían elementos de prueba que demostrasen que su ejercicio

Asunto n° 289/57, en *Annuaire...*, vol. I, pág. 148, Asunto 1661/62 contra Bélgica. Décision 17 Enero 1963, en (392) *Annuaire...*, VI, pág. 360. Castberg, F.: Ob. cit. pág. 45. En igual sentido Antonopoulos, N.: Ob. cit. pág. 65. Robertson, A.H. Ob. cit. pág. 162.

(393) En *Annuaire...*, vol. I, pp. 148-149.

resultaría prácticamente inútil, "verosímilmente ineficaz o insuficiente". No basta, pues, que el requirente invoque ante la Comisión el hecho de que en su opinión subjetiva el recurso carecía de probabilidad de éxito (394).

En igual sentido se habla de manifestar la Comisión en el asunto n° 1474/62 (395).

Por tanto, no constituyen circunstancias que revistan carácter especial que supongan excepciones a la aplicación de la regla las circunstancias de orden subjetivo. Como dice Ruiloba se trata de circunstancias que afectan a la "posición relativa del particular" con respecto a los recursos "objetivamente eficaces y suficientes" (396).

d. La diferencia de redacción en los textos oficiales:
El artículo 26 del Convenio ha originado diversas interpretaciones según se entiende el texto inglés o francés sobre el principio del agotamiento de los recursos internos. El texto francés habla en términos genéricos del "agotamiento", mientras la redacción inglesa precisa que han de agotarse "todos los recursos internos" (397). En todo caso, la Comisión ha

(394) Wiebringhaus, H.: Ob. cit. pág. 701 y nota 49.

(395) Asunto n° 1474/62, en Recueil des décisions, vol. 12, pág. 28.

(396) Ruiloba, E.: Ob. cit. pág. 326.

(397) Recueil des Textes, pág. 108.

estatuido que no podrá invocarse la redacción del artículo 26 en la versión alemana, porque, además, de no ser oficial, hace únicamente referencia al agotamiento de los recursos ordinarios. Se exige, según la Comisión el agotamiento de la totalidad de los recursos internos, con independencia de su carácter de ordinarios o extraordinarios. Este criterio está muy generalizado en la Doctrina moderna (398). Los únicos textos que dan fé son el inglés y el francés (Asunto n° 222/56) (399).

e. Las condiciones y el mal estado de salud: La imposibilidad material de ejercer un recurso por causa del mal estado de salud del requirente no constituye una excepción de carácter general con respecto al agotamiento debido.

La imposibilidad material de interposición de recursos por motivos de enfermedad, es bien atenuada o disminuida ante la práctica jurisprudencial, tanto interna como internacional. Y así ha sido, también, ante la Comisión. Esta ha dado una flexible interpretación al principio de la representación judicial.

La Comisión ha facilitado un criterio muy amplio en la

(398) Alcalá Zamora, N.: Ob. cit. pp. 84-85.
Ruiloba, E.: Ob. cit. pág. 326.
Castberg, F.: Ob. cit. pág. 46.
Vitta, E.: Ob. cit. pág. 586.
Wiebringhaus, H.: Ob. cit. pág. 701.

(399) En Annuaire..., vol. II, pág. 344.

admisión de terceros -incluso aunque carezca de vínculos familiares con la víctima- para interpretar la demanda en nombre de la víctima. Realmente la imposibilidad comentada, se puede considerar de carácter relativo. Sin embargo, la propia Comisión ha estudiado y aceptado, en ciertos casos concretos, el carácter absoluto de la imposibilidad.

Cuando se confirme que la imposibilidad de ejercer un recurso por motivos de mal estado de salud, presenta indudable carácter absoluto -sin oportunidad de valerse de terceros- se puede, entonces, elevar a circunstancia eximente de la obligación del agotamiento de conformidad con el artículo 26: Así se verificó en el asunto 289/1957 (400).

Adaptando dicho criterio con flexibilidad, a las "circunstancias específicas" del caso concreto, la Comisión ha tenido ocasión de matizar sus decisiones. Y, en este sentido, es de subrayar que, el juicio de la Comisión, cuando el requiriente haya logrado su restablecimiento deberá, entonces, agotar los recursos internos (401).

D) Interpretación razonable de la regla del artículo 26 del Convenio.

La interpretación razonable del artículo 26 del Convenio afecta, esencialmente, a la aplicación de:

(400) En *Annuaire.*, vol. I, pp. 149.

(401) Asunto n° 289/57. Decisión de 6 de Septiembre de 1957. en *Annuaire.*, I, pág. 149.

- 1) La regla del agotamiento de los recursos internos.
- 2) El plazo de los seis meses para la interposición de la demanda individual, a partir de la fecha de la decisión interna.
- 3) El carácter definitivo de la decisión interna.

Los tres elementos básicos del artículo 26 del Convenio han sido objeto de apreciación crítica por la doctrina y de la propia Comisión.

Partimos claro está, de la concepción general predominante y que le es impuesta por el artículo 26 a la Comisión y al Tribunal Europeo: la regla "ha de ser entendida de conformidad con los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos" (402).

La interpretación que debiera atenderse, estrictamente, a la función de la regla en virtud del Convenio sugiere, de inmediato, una primera reflexión: la Comisión ha interpretado de forma extensiva el contenido del artículo 26. Se han multiplicado los casos de su aplicación, como requisito de la admisibilidad de las demandas individuales. Y, por ello, se ha dicho que esta amplia concepción lleva con excesiva frecuencia a la "inadmisión de las reclamaciones individuales"

(402) Recueil des Textes, pág. 108.

de reparación (403).

La apreciación en forma extensiva del artículo 26 puede poner en riesgo el buen funcionamiento del sistema directo de protección individual. La actitud de la Comisión ha ido evolucionando y amparando cada vez más los derechos del individuo.

Se comprende la prudencia inicial, si se tiene en cuenta que el artículo 26 es invocable, esencialmente, por el Estado. Y para que el Estado pueda ser demandado por los grupos o personas físicas, es necesario que previamente haya aceptado la competencia de la Comisión, según el artículo 25.

La Comisión no puede atender las demandas individuales mas que en el supuesto de que el Estado haya "reconocido" de modo explícito "la competencia de la Comisión" en tal materia (404). Esta clausula es facultativa. Y por ello, se ha pensado que la interpretación extensiva del artículo 26 equivaldría a una especie de "recompensa" a los Estados que habían reconocido expresamente la intervención de la Comisión en el caso de las demandas individuales. Entendiendo de esta forma la actitud de la Comisión se podía llegar a afirmar que así se aliviaban las "cargas que derivan del artículo 26" para el Estado (405).

(403) Villeta, E.: Ob. cit. pág. 579.

(404) Recueil des Textes, pág. 148.

(405) Antonopoulos, N., señala textualmente: "La Commission ne vise, en l'espèce, que la protection des Etats dé-fendeurs et elle fait de la regle... un instrument de massacre procédural de requêtes introduites devant elle" Véase ob. cit. pág. 71.

Sin llegar a la afirmación crítica, la realidad doctrinal es bastante unánime en impugnar la "aplicación rígida" de los tres elementos característicos señalados del artículo 26 del Convenio.

La aplicación excesivamente extensiva de dicho artículo no facilitaría el cumplimiento de la finalidad para la que fue concebido el Convenio. Se vería debilitada la defensa de los derechos del hombre, resultarían obstaculizados los remedios previstos para reparar y satisfacer a las víctimas de la violación de derechos humanos (406).

Sería difícil el ejercicio de tales derechos. Las críticas doctrinales se han, a su vez, excedido. En la práctica -se ha dicho- la regla del artículo 26 ha sido utilizada por la Comisión como "válvula de seguridad" para proteger, primordialmente, los intereses de los Estados frente a los intereses individuales. La Comisión ha tutelado la soberanía estatal para evitar en definitiva que los Estados revocasen su aceptación de la Clausula Facultativa del artículo 25 (407). Por tanto, se entendía que la Comisión había sido excesivamente rígida en la aplicación del artículo 26.

"La Commission ne vise, en l'espece, que la protection des Etats defendeurs et elle fait de la règle... un instrument de massacre procedural des requêtes introduites devant elle" (408).

(406) Vitta, E.: Ob. cit. pág. 599.

(407) Vitta, E.: Ob. cit. pág. 599.

(408) Antonopoulos, N.: Ob. cit. pág. 71.

Los intereses del Estado se ven incluso reforzados por el hecho de que:

"Though the objection that domestic remedies has not been exhausted is raised for the first time during the oral explanations provided by the Rule 46 of Procedure, the respondent State is not precluded from having the benefit of the Rule of local remedies" (409).

De ahí que la interpretación práctica de la Comisión vaya evolucionando en un sentido más generoso y doctrinalmente, en la actualidad, se tiende a lo que se califica de "perspectivas humanitarias del artículo 26" frente a la cautelosa postura anteriormente adoptada por la Comisión en el examen de los elementos y de la regla citada por el artículo 26.

Las reglas contenidas en el artículo 26 no deben ser interpretadas, tampoco, de forma general y automática. El realismo jurídico aconseja examinar las "circunstancias específicas" que concurren en cada reclamación.

No podemos hacer abstracción de los argumentos esgrimidos por la Comisión sobre la función, y el fundamento de la regla, ni olvidar las excepciones introducidas. Hay que hacerse cargo, también, cómo entiende, la Comisión de la misión que deben desempeñar los Estados en materia de los derechos del hombre. Por ello no compartimos la opinión conforme a la

(409) Amerasinghe, C.F.: Ob. cit. pág. 299.

cual la razón de ser de la regla encuentra su justificación en el ámbito de la protección diplomática quedando sin sentido en el sistema de garantía colectiva establecido por el Convenio (410).

Por otro lado, es bien notorio el carácter que revisten las jurisdicciones internacionales. Se suele decir que tienen un carácter subsidiario, respecto a las jurisdicciones internas. Ese es el sentido del artículo 26. No podrá presentarse una demanda ante una instancia internacional sin tener en cuenta la existencia de las instancias nacionales. Es natural que mientras exista la posibilidad de solucionar un asunto en el plano interno no pueda acudir al plano internacional. Al menos, en el estado actual de la sociedad democrática contemporánea (411).

Se trata, por tanto, de que subsistan las reglas e instancias internas al mismo tiempo que se consolida y extiende la garantía internacional de los derechos del hombre y el desarrollo de las instancias internacionales (412).

(410) Postura apoyada por Spatafora, E.: Ob. cit. pág. 111. Antonopoulos, N.: Ob. cit. pp. 71-72.

(411) Kiss, Ch. A.: "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen". Paris, 1961, pág. 244. (Travaux du colloque organisé par la faculté de Droit des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg).

(412) Guinand J.: "La regle de l'epuisement des voies des recours internes dans le cadre des systemes internationaux de protection des droits de l'homme", en Revue Belge de Droit International. 1968, 2 pp. 471-483, pp. 482-483.

Cierto es que los derechos del hombre son valores de carácter fundamental y patrimonio común no solo de las sociedades nacionales sino de la propia comunidad internacional. Sin embargo en aras del objetivo propio de los recursos internacionales, la protección de los derechos del hombre, no puede olvidarse de la estructura jurídica actual de los Estados democráticos deseosos de ver respetados sus ordenamientos, a la vez que convencidos de la importancia y respeto que se merecen los derechos del hombre, se muestran dispuestos a someterse al sistema protector del Convenio.

Por consiguiente, cabe pensar que es censurable, desde luego, la excesiva rigidez en la interpretación del artículo 26. Pero es, asimismo, razonable agregar que no es concebible, prácticamente, el artículo 26, si no se le relaciona bien con el artículo 25 del mismo Convenio.

Asimismo Antonopoulos estima que la rigidez se agudiza respecto a la interpretación que la Comisión ha dado relativa a los recursos internos que deberán ser agotados, y las circunstancias particulares aptas para eximir al requirente de la obligación del agotamiento (413).

Va abriendo paso, cada día, más, el criterio que, por un lado aconseja a la Comisión atenuar la operatividad de la

(413) Antonopoulos, N.: Ob. cit. pág. 71.
En igual sentido: Spatafora, E.: Ob. cit. pág. 111.
Vasak, K.: en "Les dimensions internationales des droits de l'homme" Unesco, Nueva York, 1978. pág. 379. punto 48.

regla del agotamiento limitando correlativamente la tutela de los intereses estatales, de forma que pueda ampliarse la protección de los individuos (414). Pero, al mismo tiempo, se va aconsejando, cada día más, que las instancias nacionales tengan también la oportunidad de hacer más efectiva la protección del individuo en su orden interno. Ambas instancias, tanto la interna como la internacional, no son excluyentes, sino complementarias. De esa forma progresará mejor la defensa de los derechos del hombre.



(414) Vitta, E.: Ob. cit. pág. 579.
Amerasinghe, C.P.: Ob. cit. pág. 296 y ss. y 272 y ss.

TP
1985
010-1

Fanny Castro-Rial Garrone



X-53- 372872-2

LA PROTECCION INDIVIDUAL Y EL DERECHO DE REPARACION
EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

TOMO II

Departamento de Derecho Internacional Público
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1985



BIBLIOTECA

Colección Tesis Doctorales. Nº

10/85

© Fanny Castro-Rial Garrone
Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 28015 Madrid
Madrid, 1985
Xerox 9400 X 721
Depósito Legal: M-43712-1984

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

LA PROTECCION INDIVIDUAL Y EL DERECHO DE REPARA-
CION EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

TOMO II

Tesis que presenta la Licenciada
Fanny CASTRO-RIAL GARRONE para
optar al título de Doctor.

Dirigida por el Prof. Dr. D.
Manuel Díez de Velasco Vallejo

Madrid, 1.983

P A R T E C U A R T A

PARTE CUARTA

I

GENESIS DE LA REGLA DEL ARTICULO 50.

- A. Primera redacción del artículo 50.
- B. Referencia a los antecedentes arbitrales.
- C. Interpretación de las normas arbitrales en relación con el artículo 50.
- D. Validez relativa de la identificación de las normas arbitrales con el artículo 50.
 - 1. Finalidades y situaciones diferentes.
 - 2. La gran innovación del artículo 50: la legitimación activa de la propia víctima

I I

FINALIDAD PRIMORDIAL DEL CONVENIO: EL INTERES HUMANO DE LA REPARACION.

- A. Nueva concepción de la obligación de reparar: la persona humana como víctima efectiva causa suficiente de su demanda de reparación frente a los Estados.
- B. La técnica de la reparación y la relación causal con la violación.
- C. La decisión necesaria del Comité de Ministros o la sentencia del Tribunal europeo: diferencias de carácter procesal y de las medidas de reparación.
- D. Facultad del Tribunal de conceder una "compensación equitativa" según el artículo 50 del Convenio.

I I I

CONDICIONES SUSTANTIVAS DE APLICACION DEL DERECHO DE REPARACION (ARTICULO 50).

- A. Requisitos esenciales.
- B. Facultades discrecionales del Tribunal.
- C. El procedimiento especial de reparación: Conexión procesal de la reparación con la violación.
- D. El contenido de la reparación: La "restitutio in integrum" y la reparación por equivalencia.
- E. La buena fé del Estado en el cumplimiento de la obligación exigible.

I V

FASES TECNICO-PROCESALES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE REPARACION.

1. La demanda de indemnización no introduce un litigio nuevo y distinto del habido sobre la violación del Convenio.
2. La responsabilidad del Estado y la obligación procesal de los requirentes.
3. Interrelación del artículo 26 y 50 del Convenio respecto a las demandas de reparación.
4. La cuestión de fondo del litigio y la reparación.
5. Facultades del Tribunal en las dos fases posibles del procedimiento de reparación.

6. Analogía de los sistemas de reparación del Comité de Ministros y del Tribunal.
7. La renuncia al derecho de reparación.

GENESIS DE LA REGLA DEL ARTICULO 50

El análisis de la cláusula reparatoria establecida en el art. 50 del Convenio nos exige atender y precisar el origen histórico del contenido de su disposición, porque la perspectiva histórica del art. 50 juega un papel primordial a la hora de estudiar el alcance de sus resultados y de su aplicación.

En primer lugar, merece atención el proceso formativo de la disposición, porque nos ilustra y aclara seguidamente, el origen histórico en el que se inspira el texto del art. 50 y la problemática que se plantea en relación con la interpretación de su contenido (1).

El acudir a los trabajos preparatorios del Convenio para interpretar la disposición que nos ocupa es en principio, obligado en virtud del art. 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (2), que prescribe el análisis de "las circunstancias de celebración del texto" como medio de interpretación complementario.

(1) Doc. CM/WP 1 (50) 15, pág. 33.

(2) El Art. 32: Medios de interpretación complementarios.
El art. 32 dispone: "Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o

A. Primera redacción del art. 50.

Desgraciadamente, los trabajos preparatorios relativos al art. 50, no nos sirven de gran ayuda. Su redacción no fue excesivamente controvertida. Se creyó inicialmente que se trataba de reafirmar un principio de derecho internacional común consagrando, por tanto, la práctica vigente (3).

Esta afirmación, no fue excesivamente acertada, porque la práctica interestatal hasta entonces aplicable, no se ajustaba plenamente a la realidad jurídica regulada de modo preciso por el art. 50.

La Primera Sesión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa se preocupó de esclarecer y debatir la propuesta de resolución presentada al Comité de Ministros con el fin de recomendarle la organización en el seno del Consejo de Europa de una garantía colectiva de los derechos humanos.

.../...

b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados.
Art. 32, a, b.

- (3) Doc. CM/WP (50) 15, pág. 33 en el que se afirmaba que la regla relativa a la reparación:
"No aportaría ningún elemento nuevo o contrario al Derecho Internacional vigente".
En contra de esta tesis se manifiesta claramente VIS, W.:
"La réparation des violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en
"La Protection Internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen", París 1961, pág. 282.

La propuesta o anteproyecto del Convenio fue elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos, en la que destacaría la labor, entre otros, de Teitgen, Maxwell - Fyfe (4).

El primer esbozo de reparación lo encontramos en el art. 13 a) del anteproyecto. Estipulaba la capacidad del Tribunal para fiscalizar, en general, la actividad de las autoridades internas, con independencia de la naturaleza de sus órganos:

"El Tribunal tendrá competencia para determinar todos los supuestos de violación de la primera parte del presente Convenio, emanados de actos ejecutivos, legislativos o judiciales.

El Tribunal podrá prescribir las medidas de reparación o requerir al Estado interesado las medidas penales o administrativas contra cualquier persona responsable de la violación, de la anulación de la suspensión o enmienda de la decisión inculpada" (5).

(4) Doc. 3 Assemblée Consultative, première session. 19 Agosto 1949, véase también el Annexe. En Recueil des Travaux Préparatoires, Vol. I, La Haya 1975 pp. 19-20 y pp. 297-321, respecto del Annexe.

(5) En el último apartado del art. 13 se estipulaba: "La sentencia del Tribunal se dictará en vista pública". Véase Ibidem, pp. 301-303.

Posteriormente, en el anteproyecto de Convenio, se sometieron dos posibles variantes para que fueran al examen del Comité de Expertos y en las disposiciones finales se hacía referencia al derecho a obtener una reparación (6).

El Comité de Expertos declaró que el derecho de la víctima a obtener una reparación constituía en todo caso, el reflejo o síntesis del Derecho internacional vigente a la sazón en materia de responsabilidad. Conforme a esta convicción, se pensaba que la jurisprudencia del Tribunal europeo no tendría que aportar ningún elemento nuevo o contrario al Derecho internacional existente en materia de violación de una obligación internacional por un Estado. El Tribunal no tendrá, en consecuencia, facultades para anular o modificar actos que emanasen de los órganos públicos de los Estados signatarios (7).

En efecto, el Informe Teitgen establecía los principios siguientes:

- a) La competencia, con amplitud del Tribunal para conceder reparación a las víctimas.
- b) La facultad de requerir medidas sancionadoras contra los responsables de las medidas incriminadas (8).

(6) Véase Doc. CM/WP I (50) 14, A 932.
Y Recueil des Travaux Préparatoires, Vol. III, La Haya 1976, pp. 313 y ss., y pp. 333 y ss. Véase art. 43 (39).

(7) Véase Recueil des Travaux Préparatoires, Vol. IV, La Haya 1977. pág. 45.

(8) Esta interpretación la facilita el Comité en su varian
.../..

- c) El poder del Tribunal de dejar sin efecto la decisión impugnada, mediante anulación, suspensión o modificación (9).

El texto propuesto había de sufrir modificaciones en el seno del Comité de Expertos que actuaba como órgano asesor del Comité de Ministros (10).

Cabe citar dentro de las enmiendas a los artículos de la recomendación de la Asamblea la presentada por el experto de Italia (11).

.../...

te A/B del Título IV, presentada por el Comité de Expertos encargado de elaborar el Proyecto de Convenio al Comité de Ministros.
Véase Doc. CM/WP I (50) 15, A 924 de 13 de marzo de 1950, pp. 3 y ss.

- (9) El texto estipulaba:
"La sentencia del Tribunal podrá prescribir al Estado interesado":
1. Anular, suspender o modificar la decisión impugnada.
2. Reparar el daño causado.
3. Requerir contra la o las personas responsables las sanciones penales, administrativas o civiles.
Véase Rec. Trav. Prep. vol. 1, La Haya 1975, pp. 193 y ss. y Assemblée consultative, séances 19-8-1949 et 16-8-1950, Ass. Cons/CR. 1949 pág. 435, 1950, pág. 513 y respecto de la intervención de Teitgen P.N. véase séance du 24-9-1953, Ass. Cons./CR 1953. pág. 614.
- (10) Art. 24 Ibidem pp. 213 y 235.
- (11) Doc. A. 809, "Proyecto del texto del título 1 del Proyecto de Convenio, basado en los trabajos Preparatorios de la Asamblea Consultiva, sesión del Comité de Expertos de 7 de febrero de 1950".

.../...

Artículo G.

"Si la decisión del Tribunal declara que una decisión aprobada o medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una parte contratante, se encuentra entera o parcialmente en oposición con las obligaciones derivadas de la presente Convención y si el derecho constitucional de dicha Parte, no permite borrar las consecuencias de dicha decisión o medida, la decisión del Tribunal concederá si hay lugar a la Parte lesionada una satisfacción equitativa" (12).

En este momento se decidió que la primera parte del artículo 24 de la Asamblea perdía su razón de ser, porque el Comité plenario había aceptado el recurso únicamente para su aplicación a los actos legislativos o ejecutivos y además porque la regla del agotamiento previo se habría incluido para el acceso a la Comisión (13).

.../..

Véase asimismo Doc. A. 812 en Recueil des Travaux Prep. Vol. III, La Haya 1976. Cap. XI (sections A y B), pp. 229-231.

(12) Recueil des Travaux Prep. Vol. III, La Haya 1976 pp. 231-233.

(13) Séance du 8 février 1950. Suite et fin des propositions du Sous-Comité de rédaction du Titre III (Doc. A 813). Art. 28 (nouveau):

.../..

En la reunión del Comité de Expertos se examinó el texto del art. 36 del título IV que disponía: (14)

"Si la decisión del Tribunal declara que una decisión dictada o una medida ordenada por una autoridad de una Parte Contratante se encuentra entera o parcialmente en oposición con las obligaciones que se derivan de la presente Convención, y si el derecho interno de dicha Parte no permite borrar sino imperfectamente las

.../...

"si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec les obligations découlant de la présente Convention et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accordera s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable".

En Rec. Trav. Prep. vol. III, La Haya 1976, pp. 232-233.

Véase asimismo art. 43 (39) del anteproyecto del convenio en Doc. CM/WP I (50) 14: A 932, en el que se presentaban dos posibles variantes que examinaría el Comité de Expertos y unas disposiciones finales en las que figuraba el derecho a la reparación (art. 43 (39) en Rec. Trav. Prep. vol. III, La Haya 1976, pp. 313 y ss.

- (14) Véase Avant-Projet de Convention pour la sauvegarde et le Développement des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. (Doc. A 833 du 15 février 1950) en Rec. de trav. Prep. Vol. III, La Haya 1976 pp. 237 y ss. En concreto punto 9 de dicho anteproyecto pp. 246-247.

consecuencias de dicha decisión o medida, la decisión del Tribunal concederá, si ha lugar, a la parte lesionada, una satisfacción equitativa" (15).

Al analizarse el nuevo texto del art. 36, se entendió que la disposición era conforme al Derecho Internacional en vigor, en materia de violación de una obligación internacional por parte de un Estado. Creyéndose que la jurisprudencia del Tribunal europeo no aportaría en este punto ningún elemento nuevo o contrario del Derecho Internacional vigente. Al Tribunal no se le atribuye poder para anular o modificar los actos que emanan de los órganos públicos de los Estados signatarios (16).

En la práctica los redactores eliminaron todas las disposiciones que no eran estrictamente necesarias para estipu-

(15) Rec. des Trav. Prep. Vol. III, La Haya 1976, Comité d'Experts, 2 febrero-10 marzo 1950, pp. 247 y 301-303. Respecto de la nueva versión de los títulos II, III y IV, Doc. CM/WP I (50) 4; A 917 Sesion du Comité d'Experts, 7 marzo 1950. La segunda reunión del Comité de Expertos se celebró del 6 al 10 de marzo de 1950. Véase Rec. des Trav. Prep. Vol. III, La Haya 1976, pp. 279 y ss.

(16) Rec. Trav. Prep. Vol. III, La Haya 1976, pág. 277 y Doc. CM/WP 4 (50) 16, Annexe, A.1445. Proyecto del Convenio anexo al Proyecto de Informe en su título IV, se presentaba a la Conferencia de Altos funcionarios que se celebró del 8 al 17 de Junio de 1950, el art. 51 que incluía un texto idéntico al finalmente aprobado. Comité d'Experts, session 2 febrero-10 marzo 1950 en:

lar el establecimiento del órgano judicial, su composición y su funcionamiento así como para la delimitación de su competencia (17).

.../..

Rec. Trav. Prep. Vol. III, La Haya 1976 pp. 237 y 247 Véase también Doc. CM/WP (50) 16, rev.; A. 1452. Proyecto de Convenio anexo al Informe. Doc. CM/WP 4 (50) 19 anexo, en el Título V, el art. 50 en Recueil cit. pág. 293.

- (17) Panzera, A.F.: "Il potere della corte europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa", en Rivista di Diritto Europeo. Ottobre-Dicembre 1974. Anno XIV, n° 4, pp. 317-325, aquí pág. 318 nota 3.
- Luzzato, R.: La Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e la Riparazione delle violazioni della Convenzione en "Studi in onore di Manlio Udina", t. I, Milan 1975, pp. 423-445.
- Vis, W.: "La Réparation des violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (note sur l'article 50 de la Convention)" en "La Protection Internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen". Travaux du colloque organisé par la faculté de droit et de sciences politiques et économiques de Strasbourg 14-15 novembre 1960, Paris 1961, pp. 279-286 aquí pág. 281.
- Golsong, H.: Subraya el carácter interestatal que regía en las cláusulas arbitrales anteriores: "Tous ces traités concernant exclusivement les relations interétatiques traditionnelles. Dans un tel cadre une procédure d'arbitrage garde son caractère interétatique, même si le problème sous examen trouve ses origines dans la lésion des intérêts d'un particulier, car dans le contexte d'une procédure d'arbitrage international, l'Etat demandeur, même en se référant aux droits lésés, d'un individu, fait valoir-comme l'a dit à maintes reprises la Cour de La Haye, son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne des ses ressortissants, le droit international". Véa-

.../..

Esta norma como las normas al igual que las que se refieren a los efectos de las decisiones del Tribunal son escasas siguiendo el modelo del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, por ello no nos aclara suficientemente la facultad del Tribunal (18).

Teitgen criticó la modificación de su fórmula, la considera confusa y agrega que no responde a la intención unánime del Comité de Cuestiones Jurídicas, cuando delimitaron las competencias del Tribunal.

.../...

se Golsong, H.: "Quelques reflexions à propos du pouvoir de la cour européenne des droits de l'homme d'accorder une satisfaction équitable (article 50 de la Convention européenne des Droits de l'Homme)" en, "René Cassin amicorum discipulorumque liber", tomo I, París 1969, pp. 89-94, aquí pág. 92-93. C.P.J.I., Série A, n° 2, p. 12 (Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina), Série A/B, n° 20-21, pág. 17 (Asunto de los empréstitos serbios y C.I.J., Recueil des arrêts, 1955, pág. 24. (Asunto Nottebohm) Recueil des sentences arbitrales. Nations Unies, Vol. II, pp. 633-634 (Asunto de los Bienes Británicos en Marruecos Español).

- (18) Eissen, M.A.: "La Cour européenne des Droits de l'Homme: de la Convention au Règlement" en A.F.D.I., 1959, pp. 618-658, aquí pág. 635. Vegleris, Ph.: "Modes de redressement des violations de la convention européenne des Droits de l'homme. Esquisse d'une classification" en Mélanges Polys Modinos, París 1968, pp. 369-388. Aquí pág. 377-378. Véase nota 9 y 10.

Del texto del Comité de Ministros parece deducirse que la atribución primordial del Tribunal europeo es la de controlar las decisiones internas judiciales. En cambio, la auténtica intención del texto primitivo, era la de garantizar un control europeo respecto de aquellos derechos fundamentales derivados de la libertad que son violados frecuentemente en el ámbito interno en vez de salvaguardar principalmente al particular frente a los pocos habituales "errores judiciales". Criticó la redacción porque consideraba que desdibujaba las atribuciones específicas del Tribunal (19).

En cuanto a la reparación en sí misma considerada, el texto faculta al Tribunal a conceder a las víctimas daños y perjuicios o cualquier reparación de esta índole.

La intención del Comité de Asuntos Jurídicos era más ambiciosa porque pretendía facultar al Tribunal europeo para anular o declarar derogada cualquier ley o reglamento interno que derogase una libertad determinada garantizada por una ley fundamental nacional, y que afectase a la total población. En este supuesto la reparación mediante daños y perjuicios aunque revistiera un carácter simbólico sería a todas luces insuficiente e inadecuada. La reparación mediante acción de daños y perjuicios, indemnización pecuniaria, sería adecuada en el supuesto de que la medida violatoria afectara únicamente a una persona determinada y no a la to-

(19) Recueil des Trav. Prep. Vol. V, La Haya 1979, pp. 75 y ss. en relación con el tema del art. 50. Véase Ibidem, pág. 95.

tal población. Es decir, cuando la víctima se hallara determinada individualmente. Supuestos de un abuso del poder de la policía local, administrativa o un abuso de un miembro del ejecutivo.

Se citaba el supuesto de que se estableciese un régimen antidemocrático en un Estado Parte en cuyo caso se suprimiría la libertad de prensa.

¿Sería suficiente que el Tribunal europeo concediera una reparación simbólica a cada ciudadano.? Creemos que carecería de sentido esta aplicación del poder reparatorio concedido al Tribunal.

A pesar de que se consideraba necesario para que el Tribunal ejerciese sus funciones que se le facultase para pronunciarse sobre la nulidad de las leyes y de los decretos contrarios al Convenio, el resultado fue bien distinto (20).

Las enmiendas y limitaciones introducidas en el proyecto de Teitgen resultaron acertadas y delimitaron mejor el poder de control que han de ejercer los órganos de Estrasburgo. Las facultades de fiscalización del Tribunal se limitaron a los supuestos en que realmente exista una auténtica víctima a la que se le ha aplicado una norma, regla o medi-

(20) El texto había sido modificado a raíz de las deliberaciones de la sesión de 4 de agosto de 1950 del Comité de Ministros. Doc. CM I (50) 9, véase Rec. Travaux. Prep. vol. 5, La Haya 1979, p. 95 y del Informe pág. 513.

da interna manifiestamente contraria al Convenio.

Conforme a la propia jurisprudencia de Estrasburgo se ha confirmado, después, el criterio de que al órgano judicial europeo no le compete el análisis en términos generales y abstractos de la normativa interna, salvo que una reclamación concreta suscite importantes cuestiones en relación con la adecuada aplicación del Convenio por parte de un Estado.

Los órganos de control deberían realizar el análisis de la legislación nacional si fuere necesario para decidir la incompatibilidad de la norma interna con el Convenio. Cuando se trate de una medida o actuación administrativa, se analizará el carácter permanente o el grado de tolerancia general de la medida o de la actuación controvertida.

Ahora bien, este análisis se realizará en conexión con la reclamación registrada, en función, por tanto, de un asunto concreto.

Resultaba muy extemporáneo y por ello fue muy controvertido el intento de facultar a los órganos de control, precisamente en el momento de su establecimiento, con poderes tan amplios como el de revisar e incluso anular los legislativos internos contrarios al Convenio.

Este poder derogatorio de los órganos de control se ha paliado mucho en la aplicación práctica del Convenio, y ha resultado ser, a todas luces, innecesario debido principalmente a dos factores:

En razón del valor jerárquico que se concede al Convenio en el orden interno de los Estados Partes.

La ratificación del Convenio obliga a las Partes a respetar sus obligaciones, con independencia del sistema de adopción o incorporación interna que se siga en cada ordenamiento. La legislación nacional necesariamente deberá conformarse con los principios normativos consagrados por el Convenio, así como con los criterios interpretativos que los órganos de Estrasburgo efectúen respecto de su aplicación.

Por consiguiente el juez nacional estará llamado a aplicar directamente las disposiciones del Convenio y no podrá aplicar ley nacional alguna que le fuere contraria.

Sin necesidad de que el particular haya apelado a la jurisdicción de Estrasburgo, el juez nacional podrá decidir por sí mismo si el Convenio ha sido violado, en cuyo caso podrá, incluso, indemnizar a la víctima. De no ser así, la víctima podrá recurrir a Estrasburgo, para obtener dicha reparación, en cuyo caso, el Tribunal europeo está facultado para declarar la responsabilidad del Estado. La actuación posterior del Estado declarado culpable es susceptible de ser controlada por el Tribunal, al igual que por el Comité de Ministros que velará por la ejecución de la decisión del Tribunal.

Es, pues, innegable que el particular podrá invocar el Convenio ante las autoridades judiciales internas.

El segundo de los factores indicados -sobre la interconexión del Convenio con la ley interna- se refiere al hecho del propio "sistema de garantía colectivo" integrado en el Convenio. Con arreglo a este sistema, cualquier Estado puede ser demandado por otro que asuma la protección de un Particular no nacional o simplemente en virtud del hecho de

que los Estados Partes se comprometen a proteger a cualquier persona en el ámbito de su territorio.

Es natural que en la práctica los Estados procuren evitar las posibles demandas interestatales y procedan a modificar su legislación interna antes de que sean declarados culpables, máxime si se asemeja o es análoga a otra que hubiere sido denunciada.

Por consiguiente, no sería válido afirmar que los autores del Convenio redactaron de forma autónoma la disposición relativa a la reparación (21).

Precisamente el informe de Teitgen describía de forma más extensa y exhaustiva las facultades del Tribunal, así como sus poderes de decisión sobre la materia. En este sentido procede resaltar sus rasgos más esenciales:

1) Regulaba la competencia del Tribunal en relación con la categoría de los actos internos que pudieran suponer una violación del Convenio: Actos legislativos, administrativos o jurisdiccionales (22).

2) Confiaba al Tribunal facultades para incidir directamente sobre los actos internos impugnados: podría anular,

(21) Séances 19.8.1949, 16.8.1950, Assemblée Consultative, CR 1949, pág. 435, 1950, pág. 513 y alocución de Teitgen, Assemblée Consultative, CR, 1953, p. 614.

(22) Golsong, H.: Ob. cit. pp. 92-93.

suspender o revocar la disposición o medida denunciada (23).

3) En cuanto a la estipulación de la reparación, el Tribunal tenía capacidad para:

a) Adoptar medidas de carácter positivo contra los culpables. Estas decisiones podrían consistir en medidas de carácter penal, administrativo o civil.

b) Conceder, naturalmente, la reparación del daño. Se preveía, por consiguiente, la modalidad habitual de la indemnización pecuniaria (24).

(23) Vis, W.: Ob. cit. pág. 281.

(24) Panzera, A.F.: Ob. cit. pág. 318.

B.- Referencia a los antecedentes arbitrales.

Los antecedentes del art. 50 del Convenio se suelen localizar en el art. 32 del Acta General para el arreglo pacífico de controversias, adoptada por la Asamblea de la Sociedad de Naciones en 1928, y en las cláusulas análogas y anteriores de ciertos tratados bilaterales de conciliación y arbitraje, singularmente el tratado de arbitraje y de conciliación del 3 de diciembre de 1921 entre Suiza y Alemania (25).

-
- (25) La Asamblea General de la Sociedad de Naciones aprobó el 26 de septiembre de 1928, "L'Acte Général d'arbitrage". El Acta establecía, la conciliación obligatoria, la jurisdicción obligatoria y el arbitraje obligatorio en determinadas condiciones. Los Estados podían aceptar cualquiera de estos tres procedimientos de forma individual o cumulativamente. El Acta General entró en vigor el 16 de Agosto de 1929, una vez que se adhirieron 23 Estados. El 28 de abril de 1949, la Asamblea General de Naciones Unidas procedió a la revisión del Acta General, entrando en vigor su versión revisada el 20 de septiembre de 1950. Otros compromisos de arbitraje obligatorio: Pacto de Bogotá de 1948 revisado en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires. En el propio ámbito del Consejo de Europa hay que destacar el Convenio europeo para el arreglo pacífico de conflictos (Convention Européenne pour le règlement pacifique des conflits) aprobado el 29 de abril de 1957 por los Estados Miembros del Consejo de Europa. Véase Bastid, S.: "L'Arbitrage international", Juris-classeur de Droit International, tome II, fasc. 245-249. Zoller, E.: "Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales" en A.F.D.I., 1978, pp. 327-351, véase Andrés Sáenz de Santa María, M.P.: "El arbitraje Internacional en la Práctica Convencional Española (1974-1978)", Oviedo 1982. Respecto del

Es posible remontarse aún más lejos en la Historia y fijarse en el Convenio de La Haya de 1907 sobre el establecimiento de un Tribunal internacional de presas. Este Convenio no entró en vigor, pero tiene, en el caso concreto, cierta significación. Se trataba de las atribuciones del Tribunal internacional de presas actuando como Tribunal de apelación respecto a los Tribunales nacionales de presas en "las cuestiones que conciernan sobre todo a la captura de naves de comercio y a la confiscación de sus cargas" (26).

.../...

Acta General de arbitraje. pp. 20-21. En cuanto al "Protocolo para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales" hecho el 2 de octubre de 1924, véase Ob. cit. pp. 18-19. El texto del art. 8 del Acta General estipula: "If the court pronounces the capture to be null, the court shall order restitution of the vessel or cargo, and shall fix, if there is occasion the amount of damages. If the vessel or cargo has been destroyed, the court shall determine the compensation to be given to the owner on this account. If the national court pronounced the capture to be null, the court can only be asked to decide as to the damages".

Brown Scott, I. ha comentado: "The community of nations therefore, has an International Court of Prize and a substantial body of law for the guidance of the court charged with its administration and interpretation. Articles 7, 8, and 9 of the prize convention are henceforth unobjectionable".

Véase Brown Scott, J., en A.J.I.L. 1911 (5) pp. 302-324, concretamente pp. 315-316.

- (26) En ese mismo año se aprobó la "Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux", firmada en La Haya el 18 de octubre de 1907. En su art. 1 se establecía: "En vue de prévenir autant que

.../...

El citado Convenio de La Haya disponía en su artículo 8, párrafo 2: "en el caso de pronunciarse la nulidad de la captura, el Tribunal ordena la restitución del navío o de la carga y fija, si hay lugar, el importe daños e intereses. Si la nave o el cargamento han sido vendidos o destruidos, el Tribunal determina la indemnización a conceder por tal causa al propietario" (27).

.../...

possible le recours à la force dans les rapports entre les Etats, les puissances contractantes conviennent d'employer tous leurs efforts pour assurer le règlement pacifique des différends internationaux". En la Conferencia de La Haya se habían elaborado 13 textos internacionales, sobre el derecho de guerra el que nos ocupa, figuraba como el XII^{avo}. Las otras se referían al inicio de las hostilidades, el III, un Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra en tierra, con un Anexo que contenía un Reglamento, y 6 Convenios más sobre la guerra marítima al que hay que añadir el Convenio de La Haya sobre el establecimiento de un Tribunal Internacional de presas. Véase Nguyen Quoc.

DIN, Droit International Public 1980, pág. 863, punto 781, pp. 862-863.

Sobre el Tribunal Permanente de Arbitraje. Véase Andrés Sáenz de Santa María, M.P., Ob. cit. pp. 13-16. Myers, D.P.: "The origin of the Hague Arbitral Courts II "The Proposed Court of Arbitral Justice", en A.J.I.L., Vol. 8, 1914 pp. 769-801 y A.J.I.L., Vol. 10, 1916, pp. 270-327 respectivamente. Francois, J.P.A.: La Cour Permanente d'Arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir", R.C.A.D.I. t.87(1955-I), pp. 461-548.

Sobre el Tribunal Internacional de Presas: Véase Brown Scott, J.: "The International Court of Price", en A.J.I.L. Vol. 5, 1911, pp. 302-324.

.../...

- (27) Véase Publications de la Cour Européenne des Droits d l'Homme. Série B, Vol. 12, Affaires De Wilde, Ooms et Versyp (Question de l'application de L'Article 50 de la Convention), pp. 48 y ss.

La referida disposición prevé, pues, la imposibilidad jurídica de la plena restitución cuando la nave o el cargamento hayan sido vendidos y la imposibilidad física "o imposibilidad de hecho", en el caso en que el navío o la carga hubiesen sido destruidos.

En ambos casos, el Tribunal debía de determinar la indemnización a conceder al propietario (28), procuraba, además solventar las dificultades que solían surgir con la aplica-

.../...

Noble Gregory, Ch.: En su estudio "The Proposed International Prize Court and some of its difficulties", en A.J.I.L., Vol. 2, 1908 pp. 458-475. Afirma: "It is the great step forward in the reign of law and order in the chaos of International affairs. Whatever difficulties may be foreseen or modifications sought, this fruitful beginning of progress ought not be abandonet or its significance lessened or forgot".

Ob. cit. pág. 475.

Brown Scott, H.B.: En su estudio "The proposed International Prize Court", Afirmaba"

"It marks an important step forward in the adjustment of international differences. It provides ofr the first time so far as I Know for the compulsory arbitration of certain questions, though of a limited class and establishes a court which shall have a superior jurisdiction over the courts of the signatory powers", A.J.I.L., Vol. 2, 1908, pp. 476-489, en concreto pág. 476.

(28) Ibidem, pág. 49.

ción de los acuerdos arbitrales anteriores, que confiaban al Tribunal la determinación del contenido de la sentencia con arreglo al Derecho Internacional. En este sistema los Estados podían encontrarse ante la obligación de tener que ejecutar la sentencia de un tribunal arbitral que declarase contraria al Derecho Internacional la decisión de un tribunal o de cualquier otra autoridad interna. De esta suerte la aplicación estricta del Derecho Internacional podía tropezar con dificultades constitucionales, si el Derecho constitucional no permitiese modificar la sentencia del tribunal nacional. Y si en este supuesto fuese necesaria la intervención del poder legislativo para adaptar el Derecho nacional a las exigencias del Derecho Internacional, declaradas por el tribunal arbitral, resultaría, a su vez, difícil, en mas de una ocasión, obtener la decisión necesaria del Parlamento interno. Estas dificultades habían sido ya contempladas y aducidas en la segunda Conferencia de La Haya contra el arbitraje obligatorio.

Precisamente con el fin de eludir ese orden de dificultades, se introdujo en el Tratado germano-suizo la fórmula siguiente:

"Cuando una sentencia arbitral establezca que una decisión o medida de una instancia judicial o de cualquier otra autoridad de una de las Partes Contratantes se encuentra entera o parcialmente en oposición con el Derecho de Gentes y si el Derecho Constitucional de la Parte interesada no permite anular más que imperfectamente, por medidas administrativas, las consecuencias

de la decisión o de la medida de que se trate, la sentencia arbitral concederá a la parte lesionada una compensación equitativa de otro orden" (29).

El ejemplo dado por el referido Tratado fue tenido en cuenta, enseguida, por otros muchos países que insertaron la misma fórmula con diferencias de redacción, particularmente en tratados bilaterales de conciliación y de arbitraje. No habían transcurrido siete años y ya se habían firmado no menos de 28 tratados conteniendo, esencialmente, dicha fórmula (30).

En la misma línea de pensamiento, cabe mencionar el Tratado de conciliación y de arreglo judicial entre Italia y Suiza de 20 de septiembre de 1924, el art. 32 del Acta General de arbitraje, de 26 de septiembre de 1928, el Tratado de conciliación y arbitraje entre Polonia y el Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos, firmado en Ginebra el 18 de septiembre de 1926 (art. 21) (31). El Convenio europeo sobre pes

(29) *Traité d'arbitrage et conciliation* de 3 de diciembre de 1921. En igual sentido se regularía recientemente en el tratado de arbitraje entre el Reino Unido y Suiza de 7 de julio de 1965. Ambos tratados fueron invocados ante el Tribunal de Estrasburgo, véase *Publ. Cour. Eur. D.H., Série B*, vol. 12, pp. 49-50.

(30) Schindler, D.: "Les progres de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la Société des Nations", en *R.C.A.D.I.*, vol. 25, pp. 237 y ss.

(31) Véase Diena, G.: "Revue de droit international et de législation comparée" 1925, pp. 1 y ss. Así el artículo 17 del Tratado de 20 de septiembre de 1924 dispone...

ca en el que se estipulaba que si la ejecución de la sentencia arbitral:

"estuviese en colisión con una sentencia tomada por una autoridad tanto judicial como de otro tipo de una de las partes en litigio y si el Derecho interno de dicha parte no permite, o permite solo parcialmente anular las consecuencias de dicha decisión o medida, el Tribunal concederá, si hubiere lugar a ello, una satisfacción equitativa a la Parte lesionada".

.../...

il serait accordée a la Partie lésée une satisfaction équitable d'un autre ordre".

En Rec. S.d.N., XXXIII, pp. 91-101, en concreto, pp. 98-99.

El artículo 21 del Tratado de 1926, estipulaba la capacidad del T.P.J.I. para conceder la reparación en los siguientes términos:

"... Si, toutefois, la sentence établissait qu'une décision d'une instance judiciaire ou de toute autre autorité relevant de l'une des Parties Contractantes se trouve entièrement ou partiellement ou opposition avec une règle du droit international universellement reconnue et si le droit de cette partie ne permettait d'effacer ou de n'effacer qu'imparfaitement par voie administrative les conséquences de la décision dont il s'agit, il sera accordé a la partie lésée une satisfaction équitable d'un autre ordre".

Tratado n° 1800 en Rec. S. d. N. LXXVIII, pp. 419-431 en concreto pp. 428-429.

Esta fórmula sería asimismo recogida por el "Convenio sobre pesca y conservación de los recursos vivos en Alta Mar" de 29 de abril de 1958, y al que España se adhirió el 25 de febrero de 1971 (32). Igual acontece con el Tratado de conciliación, arreglo judicial y arbitraje de 19 de julio de 1927 celebrado entre España y Bélgica (33) cuyo artículo 17, párrafo 4 de las disposiciones generales preveía: "Si el

(32) Andrés Saénz de Santa María, M.P.: "El arbitraje internacional en la práctica convencional española 1974-1978" Univ. Oviedo 1982. pp. 76-77 y 245. Véase respecto del Convenio de 1958, B.O.E. de 27 de diciembre de 1971. Así lo hicieron Bélgica al depositar el instrumento de ratificación el 20 de abril de 1970, Francia al confirmar los plenos poderes de su delegado hizo reserva expresa al citado capítulo. Italia al depositar el 29 de enero de 1960 su instrumento de ratificación invocando el art. 34, excluye de la ratificación los capítulos II y III (conciliación y arbitraje). En igual sentido se pronunció Malta, los Países Bajos, Suecia, Gran Bretaña. El 7 de diciembre de 1960 éste último, y los anteriores el 12 de diciembre de 1966, 7 de julio y 30 de abril de 1958, respectivamente. Véase S.T.E., 23, ob. cit. pp. 169-172.

(33) Ratificado por España el 23 de mayo de 1928 en Bruselas. Véase Rec. S.d.N, LXXX, pág. 17, G. de M., 6 de junio de 1928.
Este tratado fue invocado por el Gobierno belga frente a España en el asunto de la "Barcelona Traction Light and Power Company". Véase Exceptions Préliminaires.

Tribunal Permanente de Justicia Internacional o el Tribunal Arbitral estableciese que una decisión de una instancia judicial o de cualquier otra autoridad dependiente de una de las Partes contratantes están entera o parcialmente en oposición con el derecho de gentes y si el derecho constitucional de esta Parte no permitiese o solo permitiese imperfectamente borrar por vía administrativa las consecuencias de la decisión de que se trata; la sentencia judicial o arbitral determinará la naturaleza y el alcance de la reparación que debería concederse a la Parte lesionada" (34).

Una cláusula idéntica sería recogida en el art. 21 del Tratado de conciliación, arreglo judicial y arbitraje firmado en Helsinki entre España y Finlandia el 31 de agosto de 1928. En ese mismo año se incluyó una cláusula análoga en el art. 17, párrafo 4 del Tratado de conciliación, arreglo judicial y arbitraje celebrado entre Suecia y España y que fue firmado en Madrid el 26 de abril (35).

El objeto de estas cláusulas como señalaba De Visscher en su curso impartido en la Academia de La Haya consistía en limitar las obligaciones del Estado en materia de reparación a las medidas que pueden realizarse por vía administrativa (36).

(34) Tratado n° 1820 en Rec. S.d. N, LXXX, pp. 17-27, en concreto pp. 25-26.

(35) Tratado n° 1874 en Rec. S. d.N, LXXXII, pp. 229-241, en concreto pp. 240-241.
Tratado n° 1764 en Rec.S.d.N, LXXVII, pp. 77-91, en concreto pp. 88-89 y en Rec.S.d.N, LXXX, pp. 25-26.

(36) De Visscher, Ch.: "Le Déni de Justice en Droit International" en R.C.A.D.I, 1935, II, pág. 437.

Andrés Saenz de Santa María, M.P., observa como la mitad de las cláusulas insertas en tratados multilaterales no hacen referencia a la decisión arbitral. Así sucede en el caso de los Convenios de Derecho Humanitario bélico de 1949 y los constitutivos del B.I.R.D., C.F.I.. etc; (37). Sin embargo hemos de señalar que el Convenio concluido en el ámbito europeo y en el seno del Consejo de Europa "Convenio para el arreglo pacífico de las controversias" y en cuyo preámbulo se hace hincapie en la "consolidación de la paz basada en la justicia y que es vital para preservación de la sociedad humana y de la civilización", y recuerda el objetivo primordial del Consejo de Europa, que es el obtener una unión más estrecha entre sus miembros. Los Estados signatarios en el capítulo IV del Convenio relativo a las disposiciones generales acuerdan:

"Si l'exécution d'une sentence judiciaire ou arbitrale se heurtait à une décision prise ou à une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une des parties en litige et si le droit interne de ladite partie ne permettait pas ou ne permettrait qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la Cour ou le tribunal arbitral accordera, s'il y a lieu, à la partie lésée, une satisfaction équitable" (38).

(37) Andrés Saenz de Santa María, M.P., ob. cit. pág. 245.

(38) Véase Série de Traités européens, en "Conseil de l'Europe, Conventions et Accords européens", vol. I (1949-1961) Estrasburgo 1971, pp. 157-168, en concreto, pp. 158 y 164-165.

Conforme al citado artículo, se faculta al igual que capacita el art. 50 del Convenio de Roma a la jurisdicción europea, en este caso al Tribunal Internacional de Justicia o al tribunal arbitral a conceder la reparación equitativa a la víctima.

Desafortunadamente el Convenio europeo inserta la posibilidad en su art. 34 de que las Partes no acepten el capítulo relativo al arbitraje (39).

C. Interpretación de las normas arbitrales en relación con el artículo 50.

La más fiel interpretación del citado art. 10 del tratado arbitral se asienta en la declaración jurídico-política de la Confederación helvética en el momento de proceder a la ratificación del Tratado. El mensaje del Consejo federal (40) a la Asamblea Federal suiza para explicar el alcance y contenido de la cláusula se refería a tres hechos significativos:

(39) François, J.P.A.: "La Convention européenne pour le Règlement pacifique des différends" en *Annuaire Européen*, vol. VI, La Haya 1959, pp. 54-66.

(40) Message du Conseil fédéral suisse, número 1051 de 2 de febrero de 1922, Mensaje que fue presentado a la Asamblea Federal suiza para proceder a la ratificación del tratado, véase pág. 8 del citado mensaje, y "Message du Conseil Fédéral, numéro 9359, du 23 de novembre 1965, pág. 6.

- a) La jurisdicción obligatoria derivada del tratado podía suscitar una objeción seria: que la sentencia arbitral pudiera imponer obligaciones al Estado de difícil cumplimiento en la práctica, en razón del principio de la separación de poderes o por dificultades serias en el momento de su ejecución.
- b) Para salvar dichos obstáculos se establece que la medida o decisión de los órganos internos del Estado sería alterable solo "en la medida que sea posible hacerlo por la vía administrativa".
- c) Si la medida administrativa no fuese adecuada para corregir los efectos de la decisión incriminada, el "Tribunal concederá a la parte lesionada una compensación equitativa de otro orden" (41).

Esta concepción de la reparación, cuando no es posible la restitutio in integrum - "compensación equitativa de otro orden" - se fue abriendo camino y estableciendo en múltiples tratados bilaterales ulteriores. Y es consagrada por el art. 50 del Convenio Europeo, cuyo contenido y alcance supone la imposibilidad del restablecimiento pleno de la situación anterior -obstáculos de orden interno o de otra índole- y la necesidad de proceder siempre que así lo juzgue el

(41) Doc. 3 Asssemblée Consultative, première session, de 19 de agosto de 1949. En Rec. Trav. Prep. vol. I, La Haya 1975, pp. 19-20.

Tribunal, a "una compensación equitativa de otro orden". Como se ha dicho gráficamente: "si la solución principal no es viable, se aplicará una "solución de recambio" (42). Este supuesto se ha dado en múltiples casos. El ejemplo más clásico es el de la sentencia definitiva en materia penal o la sentencia en materia civil que adquiriese fuerza de cosa juzgada.

Es más discutible, en cambio la aplicación del art. 50, cuando el obstáculo interno del restablecimiento de la situación no presenta carácter jurídico y resulte, por ejemplo, de la naturaleza de las cosas. No falta quien sostenga en este supuesto que el art. 50 no es aplicable (43).

(42) Sobre la interrelación existente entre la regla del artículo 50 y el párrafo 5º del artículo 5, Véase asimismo, Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, Vol. 12, págs. 28, 51, 83-84.

(43) Le cas classique est celui d'une sentence définitive en matière pénale. Si la révision ou l'annulation d'une telle sentence n'est plus possible en droit interne pour des raisons d'ordre constitutionnel ou pour d'autres raisons juridiques relevant du droit interne, votre Cour peut ordonner une satisfaction équitable d'un autre ordre.
Il en va de même si un arrêt en matière civile est passé en force de chose jugée. Et l'on pourrait imaginer encore d'autres obstacles.
Si, par contre, l'obstacle n'est pas de caractère juridique, mais résulte de la nature des choses, l'article 50 ne s'applique pas. Si un requérant a été torturé, s'il a été soumis au travail forcé, s'il a été privé de sa liberté, on ne peut évidemment pas refaire le passé et la restitution est impossible en fait. Une ré-

Se aducen en este sentido diversas hipótesis, por ejemplo, si el requirente ha sido torturado, si ha sido sometido a trabajos forzados, si se ha visto privado de su libertad.

Se entiende en estas hipótesis que no es posible rehacer el pasado y resulta, por ello, imposible, de facto, la restitución. La reparación había de darse en todo caso. Pero el obstáculo no sería de orden jurídico interno. Y se ha razonado, por tanto, que el Tribunal podría sentenciar, igualmente, la reparación, en virtud del ejercicio de la competencia de plena jurisdicción que le es inherente. Sin necesidad, de invocar entonces el art. 50 (44).-

.../..

paration d'un autre ordre s'impose, mais non pas a cause d'un obstacle juridique en droit interne. Dans ce cas-là, votre Cour peut ordonner la réparation dans l'exercice de la compétence de pleine juridiction qui lui est inhérente, sans se soucier de l'article 50.

Voilà une conception du problème qui ouvre la voie à une réparation adéquate dans chacune des hypothèses qui peuvent se présenter à l'occasion de la violation de n'importe lequel des droits garantis par la Convention. L'atteinte à la liberté de la personne, telle que cette liberté est garantie à l'article 5, n'est pas un cas particulier. J'ai déjà cité l'exemple d'une violation de l'article 3 (cas de torture); on pourrait imaginer un cas de violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée), etc..." en Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 12, pág. 50.

- (44) Este tema lo tratamos al analizar la competencia del Tribunal para decidir en los litigios que se plantean sobre su propia competencia. El Tribunal decidirá dicha cuestión de conformidad con las facultades propias

.../..

Esa manera de entender el problema de la reparación ofrece, desde luego, una solución teórico-práctica: abre la vía de la reparación adecuada para todas las hipótesis posibles de violación de cualquiera de los Derechos garantizados por el Convenio. Y suscita, naturalmente, la interrelación existente entre la noción de reparación del artículo 5 y la del artículo 50 del Convenio (45).

La primera reacción derivada de esa correlación, es afirmar que la regla del art. 5, párrafo 5 (46), no afecta

.../...

de una auténtica jurisdicción internacional. Véase Shihata, I.: "The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence", La Haya 1965, pp. 30-31.

(45) Véase capítulo relativo a la interrelación entre los artículos 5 y 50.

(46) Dans cette optique, la disposition de l'article 5 -5 ne concerne pas directement les attributions de la Cour. Je n'ai pas besoin de rappeler que l'article 5 -5- stipule: "toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation". Il s'agit ici d'un droit que la législation nationale, que le système juridique national doit assurer. Ce droit figure parmi ceux qui sont définis au Titre I de la Convention, il est donc régi par l'article I de la Convention, selon lequel "les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention". Si un individu requérant allègue devant la Commission que ce droit lui a été refusé, la Commission doit exa-

.../...

directamente a las atribuciones del Tribunal. Por tratarse, más bien, de un derecho que ha de ser garantizado por el sistema jurídico nacional. Y, ese derecho figura entre los definidos por el Título I del Convenio, regido por tanto, por su art. 1º: "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción, los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio". En consecuencia, el requirente que alegue la denegación de ese derecho ante la Comisión, genera el supuesto en que la Comisión ha de examinar la demanda de conformidad con su procedimiento normal, y se aplicaría la regla del agotamiento de los recursos internos.

Es el caso de las demandas basadas en el artículo 25 del Convenio, cuando se alega una violación del art. 5, párrafo 5.

Esta interpretación, sin embargo, no se conviene siempre con la práctica jurisprudencial. Y la censuramos al ana-

.../...

miner la requête conformément à sa procédure normale et la règle de l'épuisement des voies de recours internes s'applique. Mais je souligne que telle n'est pas la situation dans les présentes affaires, où il n'y a pas eu de requête basée sur l'article 25 de la Convention et dans laquelle une violation de l'article 5-5 aurait été alléguée.

En Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, Vol. 12, pág. 51. En sentido positivo en favor de la interrelación se manifestaron en sus votos particulares los eminentes juristas Verdross y Mosler.

Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 12, pp. 43, 64.

lizar la interrelación entre las disposiciones del art. 5 y el art. 50.

De los antecedentes expuestos del art. 50 se deduce claramente, la elaboración siguiente:

1. La reparación se realiza, si es posible,, restableciendo la situación anterior a la violación. Es la restitutio in integrum. Y si procede, agregando el importe de los daños y perjuicios derivados.

2. Cuando el Derecho interno no posibilite el restablecimiento pleno de la situación anterior -imposibilidad jurídica- o no sea posible la plena restitución por imposibilidad física o imposibilidad de hecho, se procederá a la indemnización adecuada o compensación equitativa a la parte lesionada.

Se acostumbra afirmar que la doctrina y jurisprudencia elaborada con motivo de los antecedentes correspondientes del Convenio debiera, igualmente ser válida para la interpretación del art. 50. Este puede entenderse por tanto, en el mismo sentido de las disposiciones análogas contenidas en los tratados bilaterales y del Acta General de arbitraje de 1928. Por eso, se ha podido decir que el art. 50 es una disposición especial que permite al Tribunal adoptar -si vale la expresión- "una solución de recambio" en la hipótesis de que la "solución principal" tropiece con obstáculos en el Derecho interno.

D. Validez relativa de la identificación de las disposiciones arbitrales con el artículo 50.

Se ha dicho que las diferencias de detalle entre el tex-

to del art. 50 y las disposiciones análogas incluídas en los Tratados de arbitraje, no son obstáculo para realizar en igual sentido la interpretación del contenido de las disposiciones mencionadas. En apoyo de la validez de este punto de vista, se alega que el contenido de las disposiciones de los tratados bilaterales todavía hoy encuentran plena justificación. Y en este sentido cabe citar el Tratado de arbitraje celebrado entre Suiza y el Reino Unido y que data del 7 de julio de 1965 (47).

No puede olvidarse, sin embargo, que el art. 50 es una disposición que goza de una especificidad concreta, de forma que actuaría de "lex specialis" en los supuestos en que el orden jurídico interno no pudiese garantizar la reparación cuando se infrinja alguno de los derechos incluídos en el Título I del Convenio (conforme a lo estipulado en el art. 1). Por su parte el derecho de reparación -compensación "justa" o "equitativa" - es regulado de manera especial por el art. 50 del Convenio, en cuanto normatividad institucional relaciona da esencialmente con el Tribunal europeo.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que si las autoridades internas no respetasen el derecho a la libertad, la víctima debería reclamar ante la Comisión en virtud del art. 5, debiendo proceder, en tal caso, al previo agotamiento de los recursos internos. Esta afirmación explica la interrelación existente entre las disposiciones de los arts. 5 y 50. Pero la práctica del Tribunal no consagra, de conformidad con

(47) Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 12, pp. 48 y ss.

las pautas de actuación que se derivan del espíritu del Convenio, la invocación en términos análogos en ambos supuestos de la regla del agotamiento de los recursos internos (48).

1. Finalidades y situaciones diferentes.

La clasificación actual del contenido del art. 50 nos llevará a evitar una limitación excesiva de la competencia del Tribunal en materia de reparación. Porque los acuerdos bilaterales de los siglos XIX y XX contemplaban una situación de hecho distinta de la que trata de regular el Convenio (49).

El supuesto práctico antiguo correspondía a las circunstancias constitucionales especiales de la anterior sociedad internacional en la que predominaba, aún con vigor, el concepto de la soberanía absoluta del Estado.

Se han dado versiones e interpretaciones distintas de la finalidad perseguida por los artículos correspondientes de

(48) Publ. Cour. Eur. Série B, vol. 12, en relación con la cuestión relativa al art. 26 del Convenio: agotamiento previo de los recursos internos. Véase pp. 21-23, 26-30, 38, 42, 46-47, 57-59, 68, 76-78, 87, 90; respecto de la postura sostenida por los recurrentes en concreto pág. 30.

(49) "Traité d'arbitrage et conciliation", entre Suiza y el Reich alemán de 3 de diciembre de 1921. Acte Général d'arbitrage de 1928. "Traité d'arbitrage" entre Suiza y Reino Unido de 7 de julio de 1965. Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 12, pp. 49-50.

los tratados arbitrales (50). Pero, en todo caso existe una explicación bastante generalizada. Se suele razonar que la

- (50) En el asunto de "Vagabundeo" los recurrentes en sus observaciones indicaron que tanto las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos como la regla del art. 50 no eran directamente aplicables en el orden jurídico belga, y los tribunales belgas no estaban obligados a conceder la reparación a los recurrentes.

El Tribunal Supremo de Bélgica había afirmado "Lorsqu'un conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir, la prééminence de celle-ci résultant de la nature même du droit international conventionnel".

En el asunto "Fromagerie franco-suisse Le ski". El Tribunal se pronunciaba sobre el art. 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y se planteaba si tenía o no efectos inmediatos en Derecho interno.

Véase respecto sentencia 27 mai 1971. Journal des Tribunaux 1971, pág. 460 y Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 12, pp. 31. El Tribunal belga decidió que los derechos especiales en cuestión se habían establecido en contra del art. 12 del Tratado de la C.E.E. y en la medida en que se prohibía la restitución, la ley de 19 de marzo de 1968, violaba asimismo el citado artículo y consideró que el Tribunal de apelación en su decisión de 4 de marzo de 1970 debía haber decidido que estaban "arrêtés" por hallarse en conflicto con una disposición de derecho internacional directamente aplicable.

Véase Arrêt de la Cour de Cassation du 27 mai 1971, en cause Fromagerie Franco-Suisse Le Ski, avec conclusions du Procureur Général W.J. Ganshof Van Der Meersch en Journal des Tribunaux, 1971, pág. 460. Comentario de Salmon J.J.A.: "Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de Cassation:", en Journal des Tribunaux, 1971, pp. 473, 479, 509 y 539.

.../...

cláusula de reparación de los citados acuerdos contemplaba el restablecimiento pleno de la situación anterior, siendo posible, por la naturaleza del acto lesivo, pero no resultando viable en la práctica la restitución plena en virtud de razones de la legislación interna del Estado infractor. Esta explicación admitía otros matices. Por ejemplo, que la situación contemplada era la del Estado que deseando cumplir sus obligaciones internacionales, no podía realmente hacerlo sin modificar su Constitución interna (51).

.../...

Respecto de la sentencia de 1970 véase Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 4 mars 1970, en cause Fromagerie franco-suisse Le ski en Journal des Tribunaux 1970, pág. 413. Y respecto de la interpretación de los derechos especiales de importación de los productos lácteos impuestos por Bélgica el 1 de enero de 1958, véase Arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 13 novembre 1964, en cause Grand-Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique (affaires núms. 90 et 91-93), y Publ. Cour. Eur. D.H., série B, vol. 12, pág. 66.

(51) C.P.J.I., série A, n° 2, pág. 12 "Affaire des Concessions Marrommatis en Palestine", série A/B n° 20-21, pág. 17 "Affaire des emprunts serbes" y C.I.J., Recueil des arrêts, 1955, pág. 24. Affaire Nottebohm.

En todo caso, los tratados arbitrales conferían a sus respectivos tribunales la facultad de transformar la obligación de la restitución plena en otra obligación diferente y consistente en abonar a la parte lesionada una compensación equitativa de naturaleza distinta de la restitución plena.

Existe, además, una diferencia fundamental entre el art. 50 del Convenio y las cláusulas de los tratados de arbitraje: la "parte lesionada" a que se refiere el art. 50 no son los Estados, sino los individuos (52).

Es de notar a su vez, que el Tribunal, después de declarar la existencia de una violación, no está facultado para ordenar, por iniciativa suya, directamente, a las auto-

(52) Golsong, H.: recuerda que... "Tous ces traités concernent exclusivement les relations interétatiques traditionnelles" en "Quelques reflexions à propos du pouvoir de la Cour européenne des droits de l'Homme d'accorder une satisfaction équitable" (article 50 de la Convention européenne des Droits de l'Homme), en ob. cit. pág. 92. E invoca la declaración del Presidente del Tribunal europeo de derechos humanos en su sentencia de 14 de noviembre de 1960 "la Cour doit avoir notamment égard au devoir lui incombant de sauvegarder les intérêts de l'individu", en Publ. de la Cour Eur. D.H., 1960 "Arrêt Lawless (Exceptions préliminaires et questions de procédure), série A, pág. 15 y Golsong, H.: ob. cit. pág. 93. En igual sentido Vis, W.: Ob. cit. pp. 282-283. Véase asimismo Doc. CM/WP 1 (50) 15, pág. 33.

ridades internas, el cambio o la adopción de las medidas necesarias que anulen el acto ilícito o la acción de las autoridades públicas nacionales. Es el propio Estado el que tiene que adoptar esta decisión, después de haber sido condenado por el Tribunal (53).

Esa es la actitud clásica y la consecuencia lógica de la posición de los tribunales internacionales: tiene autoridad o poderes respecto al Estado como tal, pero no inmediata y directamente, sobre las autoridades específicas e internas del Estado (54).

-
- (53) El art. 1 del Convenio exige este compromiso de las Partes y el art. 63 otorga carácter vinculante a sus sentencias en *Recueil des Textes*, pp. 102, 113-114. Panzera A.F., afirma "un ovvio presupposto per la concessione alla parte lesa dell'equa riparazione, prevista dall'art. 50, è costituito dall'accertamento ad opera della Corte, della violazione di un obbligo convenzionale da parte di uno Stato contraente", en su estudio: "Il potere della corte europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa" en *Rivista di Diritto europeo*. Roma 1974 n° 4, aquí pág. 318.
- (54) El Tribunal no se halla capacitado para anular los actos internos Vegleris, P.H. afirma: "Mais il est certain que la Cour ne peut prononcer ni annulation des lois ou d'actes des autorités administratives internes, ni cassation de jugements rendus irrévocables para le jeu des voies de recours prévues para l'ordre juridique des Etats parties à la Convention. Il faut en inférer qu'elle ne peut non plus ordonner à l'Etat défendeur de procéder à des actes positifs ou à observer des abstentions, en prononçant des condamnations "in facere" ou "in non facere". Même appliquée aux seules activités des autorités administratives cette faculté dépasserait, pour les conceptions

Se suscita, sin embargo, una situación especial, cuando el Estado, de acuerdo con su propia legislación interna, no está en posición de tomar las medidas necesarias para reparar. Es el supuesto del art. 50 que permite al Tribunal prever y disponer, en tal caso, la reparación moral o material a favor de la parte lesionada (55).

.../...

et dans un domaine autre que celui des relations purement patrimoniales, le pouvoir de décision normal du juge". (El subrayado es nuestro) véase en ob. cit. pág. 378.

En el asunto de "Vagabundeo" no existían obstáculos de orden constitucional que colisionasen con una eventual decisión del Tribunal.

Sørensen M., en nombre de la Comisión manifestaría: "Si l'on adopte la thèse historique -si je puis m'exprimer ainsi- l'article 50 concerne précisément cette éventualité, celle où une décision de votre Cour se heurterait à un principe d'ordre constitutionnel de l'Etat intéressé... quelle que soit la réparation quelle que soit la satisfaction que votre Cour décide d'octroyer aux requérants, sa décision pourra très bien être exécutée sur le plan national". Véase Audiences Publiques de février de 1972 en Publ. Cour. Eur. D.H., série B, vol. 12, pág. 89. En este asunto en el Doc. de 17 de diciembre de 1971 el gobierno sostenía que los recurrentes: "... pourraient trouver une source de satisfaction dans le fait que le législateur a été amené à agir de la sorte à la suite de l'initiative qu'ils ont prise en introduisant leurs requêtes". Véase Audiences Publiques cit. pág. 92.

- (55) Vegléris P.H., ha argumentado que con independencia de la naturaleza de la violación el Tribunal solo puede sancionar al Estado responsable en el ámbito patrimonial: "... c'est uniquement une obligation de verser une indemnité ou de restituer une chose matérielle qui peut naître de ses arrêts. Cela veut dire que, quelle que soit la nature de la violation, quelle qu'en soit la gravité ou la durée, l'Etat reconnu de l'avoir commise par la fait de ses autorités ou agents ne s'expose,

.../...

El margen de las singularidades enunciadas, la doctrina es unánime al señalar el origen histórico del art. 50. No obstante, es preciso distinguir lo que supone su inspiración en la redacción del texto y la situación de hecho que pretende regular esta disposición (56).

.../...

en étant mis en cause devant la Cour européenne, qu'au paiement d'une somme d'argent ou a la restitution d'une chose, indument au regard de la Convention enlevée ou occupée", en ob. cit. pág. 378-379. Vegleris, Ph. "Modes de Redressement des Violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme-Esquisse d'une classification", ob. cit. pp. 369-388.

Y también véase Vis, W., ob. cit. pp. 282-283. Respecto a la tesis del gobierno en el asunto de "Vagabundeo", véase Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 12 pp. 21, 23-24, 26, 38-41, 53, 57, 58, 59, 68, 70, 92. La Comisión defiende la tesis de la improcedencia de la aplicación del art. 50 en supuestos en que los obstáculos que imposibilitan la reparación de las consecuencias de la violación se derivan de las propias circunstancias del caso que imposibiliten la reparación. Véase Ibidem pp. 50, 88-90. Tesis de los recurrentes, pp. 30, 31-33.

- (56) Golsong, H.: "Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechts Konvention", 1958, pág. 106 y "Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte" en Juristen Zeitung, 1960, pp. 194-198. Véase la comunicación de Vis, W., "La Réparation des violations de la Convention européenne des Droits de l'Homme" en ob. cit. pp. 281-282, en igual sentido Eissen, M.A. "La Cour des Droits de l'Homme" en A.F.D.I., 1959, pp. 618 y concreto pág. 635, y Vegleris, Ph., ob. cit. pág.



No nos parece lógico querer justificar de modo absoluto, la similitud y el contenido análogo de las disposiciones reparatorias de los tratados de arbitraje, sea cualfuere su carácter, con las prescripciones del art. 50 del Convenio.

La tesis de la similitud absoluta presupondría que el Tribunal gozaría de plena competencia para aplicar el art. 50 tan solo en supuestos en que fuese imposible "la restitutio in integrum", debido a obstáculos de carácter extrajurídico y derivados, por tanto de la propia naturaleza de las cosas.

La imposibilidad de que pueda efectuarse "la restitutio in integrum" puede deberse a la propia naturaleza de la violación de cualquier derecho o libertad garantizado en el título I del Convenio (supuestos de privación irregular de libertad), pero la situación que regula el art. 50 es más amplia, va más lejos ya que pretende resarcir a la víctima de una violación en la que la imposibilidad de la restitutio se deriva de motivos de carácter jurídico, las deficiencias del orden jurídico interno para conferir la debida reparación a la víctima.

Interesa analizar los aspectos substanciales de la regla del art. 50 para poder aclarar la analogía existente con las disposiciones que le sirvieron de antecedente.

En efecto, las disposiciones arbitrales difieren notablemente del contenido del art. 50, aunque hayan influido en su redacción.

El tipo de relaciones cuya regulación preveían las cláusulas arbitrales eran notablemente diferentes de las situaciones que pretende regular el art. 50 del Convenio.

La Conferencia de Altos Funcionarios, sostuvo que el art.

50 del proyecto del Convenio (57) se limitaba a recoger la concepción entonces vigente en Derecho internacional general, en materia de reparación. Esta afirmación ha sido contradicha por la práctica jurisprudencial que analizamos posteriormente. La aplicación que el Tribunal de Estrasburgo ha efectuado de la regla comentada amplió y desarrolló notablemente, con un carácter específico e innovador, el concepto de la reparación. La interpretación amplia jurisprudencial se explica, sin duda, por la diversidad de situaciones y del mismo contenido de las distintas disposiciones. La cláusula de atribución de competencia al Tribunal europeo en materia de reparación no es, pues, un mero reflejo de la concepción tradicional de las disposiciones arbitrales.

La diferencia substancial del contenido de ambas disposiciones se deriva, en gran parte, de la distinta naturaleza de las relaciones de hecho contempladas por las referidas normas. Los Tratados arbitrales no preveían, en modo alguno, la legitimación activa del particular, en un orden jurídico internacional, a efectos de la solicitud directa de la reparación individual frente a los Estados.

(57) Doc. CM/WP 1 (50) 15, pág. 33 en contra Vis, W., no comparte esta visión debido a que el Convenio introduce un elemento nuevo en relación con las normas tradicionales de la responsabilidad internacional, el individuo a pesar de que carece de "locus standi" ante el Tribunal, puede por medio de la Comisión solicitar la reparación porque es a él a quien corresponde la satisfacción equitativa por ser la víctima o parte lesionada a que se refiere el art. 50. Esta nota específica es la que presenta un rasgo innovador frente a los tratados de arbitraje que regulaban relaciones interestatales. Véase Vis, W., Ob. cit. pp. 279-286, aquí pág. 281.

Por el contrario, el art. 50 del Convenio faculta a la propia "víctima" de la violación para que solicite la reparación adecuada, es la "partie lésée", "the injured party", la parte lesionada, la que tiene capacidad reclamatoria. Son, pues, los particulares interesados los que han de solicitar, a través de la Comisión, la reparación equitativa que les será asignada por el Tribunal, si éste constata la violación.

Se olvida con frecuencia ese hecho singular que reviste un carácter fundamental para determinar el contenido de la disposición: es el particular al que se protege en el art. 50, y al que se legitima para actuar y reclamar directamente a través de la Comisión (58).

Esta defensa directa del individuo, es la característica que separa claramente el sistema establecido por el Convenio del sistema clásico de la protección diplomática. De lo contrario, si, de conformidad con el art. 1 del Convenio, un apátrida fuese reputado víctima de una violación de un derecho incluido en el Título I, el Tribunal le podría conceder una reparación, y si ésta no se la concediese directamente a la víctima se daría la circunstancia anómala de que el Estado demandado se reembolsaría la reparación concedida por un órgano internacional ya que revertería al propio Estado infractor. Esta situación anómala y contradictoria desvirtuaría el significado intrínseco de la disposición que nos ocupa (59).

(58) Recueil des textes, pág. 112.

(59) Ibidem, pág. 102. Véase Vis, W., ob. cit. pp. 279-286.

Junto a la exposición de esta situación hipotética e ilógica a modo de ejemplo, debemos tener presente, a su vez, el espíritu que animó a los redactores del Convenio en el momento de formular la disposición del art. 50. Son muy escasas las disposiciones del Convenio que hacen referencia a las atribuciones propias del Tribunal, y el art. 50 sin duda, es el que prevee, de modo esencial, la facultad compensatoria del Tribunal en los supuestos de infracción del Convenio.

Es indudable que los autores del Convenio se propusieron proteger al particular en el disfrute de sus derechos frente a cualquier ingerencia pública. Y fueron todavía más lejos, porque establecieron la obligación del Estado infractor de borrar de "forma plena" los perjuicios ocasionados a la "víctima" de cualquier violación de dicha índole. Para ello el Tribunal goza, en principio, de plena discrecionalidad: "si ha lugar".

Ahora bien, el Convenio europeo condiciona, al mismo tiempo, la capacidad del Tribunal para conceder la reparación imponiéndole una limitación taxativa respecto al beneficiario de las medidas reparatorias. Se trata de la limitación precisa que exige la concurrencia, sine qua non, de la condición de "víctima". La interpretación del art. 50 deberá, por tanto, hacerse en diferentes términos del sentido usual de las cláusulas arbitrales, atendiendo primordialmente a la noción singular de "víctima" contemplada por el Convenio, que supone un elemento bien diferenciado de los supuestos previstos en los Tratados anteriores. Es bien manifiesto que esta es una diferencia fundamental entre el art. 50 del Convenio y las cláusulas correspondientes de los tratados de arbitraje. La "parte lesionada" a que se refiere el art. 50 no son los Estados, sino los individuos, o grupos de particulares u organizaciones no

no gubernamentales, pese a que, el art. 50 se refiera explícitamente, tan solo a la "parte lesionada" (60).

El propio Tribunal europeo no ha dejado de compartir la versión histórica de que el art. 50 tiene su origen en ciertas cláusulas de los tratados de arbitraje de tipo clásico. Ciertamente es que en estos Tratados, la reclamación de compensación no estaba en conexión ineludible con la regla del agotamiento de los recursos internos.

En todo caso, parece evidente que la disposición propia del arbitraje internacional se ha trasladado, con matices especiales, al ámbito del sistema europeo de protección de los derechos humanos.

A pesar de la explicación histórica, no se ha de olvidar que los tratados de arbitraje, bilaterales o multilaterales,

(60) Miele, M., considera que las eventuales víctimas podrán ser los individuos, pero puede ocurrir que la cuestión de la reparación se plantee asimismo ante el Tribunal en el curso de un procedimiento que no se ha iniciado en virtud de una reclamación individual presentada en aras del art. 25 ya que podría suscitarse a raíz de una reclamación presentada por cualquier Estado Parte. Ahora bien, la teleología del art. 50 prevee ante todo la "reparación directa a la persona humana", en "L'articolo 50 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le sue prime applicazioni giurisprudenziali" en "Studi in Onore di Manlio Udina" T. I. Milán 1975, pp. 539-550, en concreto pp. 541-542.

En este sentido la sentencia de 10 de marzo de 1972 (art. 50). Publ. Cour. Eur. D.H., série A, vol. 14, pág. 11.

solían regular las relaciones interestatales tradicionales. Y, por ello, el procedimiento arbitral tenía un carácter eminentemente interestatal. Por el contrario, la motivación del procedimiento del Convenio la encontramos en la protección directa del individuo en caso de lesión de un interés particular.

2. La gran innovación del Art. 50: La Legitimación activa de la propia víctima.

Los autores del Convenio pudieron pensar que el art. 50 se adecuaba al Derecho internacional en vigor, a la sazón, en materia de reparación, por las infracciones de los Estados. Pudieron, incluso, considerar que la jurisprudencia del Tribunal europeo no aportaría, tal vez, sobre este punto específico "ningún elemento nuevo o contrario al Derecho internacional existente" (61).

La realidad jurídica es distinta. El Convenio introduce un elemento nuevo en las normas tradicionales de la responsabilidad internacional. Porque la demanda de reparación puede ser formulada por el individuo particular, a pesar de que carezca de "locus standi" ante el Tribunal europeo, ya que, en definitiva a quien corresponde la satisfacción equitativa es al individuo "víctima" de la violación (62).

(61) Publ. Cour. Eur. D.H., Série A. Vol. 14, pág. 8 y ss. Respecto de la eventualidad de la "restitutio" como justificación señala Vis W., el momento en que se redactó el Convenio, cuyos autores tuvieron presente la práctica internacional vigente. Ob. cit. pp. 279-286.

(62) Panzera A.F., afirma: "L'Articolo 50 presenta notevole

Conforme al Derecho internacional tradicional la reparación no sería debida directamente al individuo, sino al Estado de quien es nacional la víctima. Desde un punto de vista de simple lógica sería paradójico pensar que la reparación prevista por el Convenio pudiera corresponderle precisamente al Estado infractor.

Por consiguiente la noción de "parte lesionada", como víctima de la violación que es el particular, supone una gran innovación del Convenio europeo, que, en este punto, se separa radicalmente de los tratados de arbitraje.

.../..

interesse in quanto parla di equa riparazione alla "partie lésée", espressione con la quale deve intendersi non lo Stato di cui la vittima è cittadino-come, invece, secondo il diritto internazionale classico-, ma l'individuo che sia stato vittima della violazione della Convenzione da parte dello Stato (e ciò anche se l'individuo non avendo lo ius standi in iudicio davanti alla Corte, non è parte in senso processuale).

Véase Panzera, A.F.: "Il potere della Corte europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa", en Rivista di Diritto Europeo ottobre-Dicembre 1974.- Anno XIV n° 4, pp. 317-325.

El Tribunal de Estrasburgo se manifiesta en este sentido en el asunto "De Wilde, Ooms y Versyp" (Vagabundeo) (sentencia de 10 de marzo de 1972 (art. 50) en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, Vol. 14, pág. 11.

Vis, W., se manifiesta en igual sentido:

"... A part l'Etat, la "partie lésée" peut donc aussi signifier l'individu victime de la violation. Ce fait a une importance particulière pour l'interprétation du terme "satisfaction équitable". Véase "La Réparation des violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme". (Note sur l'article 50 de la Convention) en Ob. cit. pág. 283.

Vanwelkenhuyzen, J.: "Jurisprudence internationale intéressant la Belgique: l'affaire des vagabonds" en Rev. belge D.I. 1973, pp. 338-372.

-.../..

Asimismo, es muy peculiar del art. 50 el modo de contemplar, ante todo, la consecuencia de la violación del Convenio: el deber de reparar.

El término "satisfacción equitativa", tiene por objetivo primero el de conceder si es posible, una indemnización o "restitutio in integrum" y no la anulación o modificación de los actos atribuibles a los órganos públicos de los Estados signatarios, ya que el Tribunal carece de facultades a tal fin.

El Tribunal al pronunciarse a favor o hacer reserva del derecho a una reparación equitativa confiere a la víctima un derecho subjetivo a la reparación (63).

.../...

Knops, E.: "Les affaires de vagabondage" en C.D.E, 1972, pp. 595 y ss. y Vallée, Ch.: "Une application de l'article 50 de la Convention européenne des Droits de l'Homme" en R.G.D.I.P, 1972, pp. 1105 y ss.

- (63) Pelloux R., subraya la trascendencia de la aplicación de la regla del art. 50 en el asunto de "Vagabundeo" y "Ringelsen" en los siguientes términos: "... Une juris-diction internationale a allowé une indemnité à un individu qui n'a pas le droit de la saisir lui-même ni de se présenter devant elle comme partie. Ajoutons que la victime qui se voit ainsi attribuer une indemnité peut être un national del'État reconnu coupable. Il s'agit d'un nouvel aspect des rapports de l'individu et de la justice internationale". Véase Pelloux, R.: "Le Contentieux de l'Indemnité devant la Cour européenne des Droits de l'Homme" en Mélanges en l'honneur che Professeur Michel Stassinopoulos, Atenas, 1973-4. pp. 379-403, en concreto pág. 404 y "Les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les affaires Wemhoff et Neumeister" en A.F.D.I., 1964, pp. 276 y ss y "Les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les affaires de Vagabondage" en A.F.D.I. 1972, pp. 439 y ss.
- En igual sentido:

.../...

El particular "tiene desde que se dicta tal sentencia un derecho subjetivo frente al Estado condenado para obtener la reparación que le ha concedido el Tribunal" (64).

Este derecho que se estipula en la sentencia internacional constituye en sí mismo un derecho subjetivo interno aunque para su consecución y su cuantificación haya sido necesa-

.../...

Eustathiadès, C.: "La mise en oeuvre des droits de l'homme sur le plan universel et sur le plan européen", en *Mélanges Sefériades* Atenas 1961, t. 2.
 Von Der Heydte, F.A.: "L'individu et les tribunaux" R.C.A.D.I. 1962, T. 107, en concreto pp. 332-333.
 Golsong por su parte señala: "Tout d'abord l'article 50 de la Convention parle de la satisfaction à accorder à la "partie lésée", qui dans le cadre de la Convention, est en règle générale l'individu victime de la violation et non pas l'Etat demandeur". Véase Golsong, H.: "Quelques réflexions à propos du pouvoir de la Cour européenne des droits de l'homme d'accorder une satisfaction équitable (article 50 de la Convention européenne des droits de l'Homme" en René Cassin, *Amicorum discipulorumque liber*, tomo I, Paris 1969, pp. 89-94, aquí pag 93. Vallée, C.: "L'affaire Ringeisen devant la Cour européenne des Droits de l'Hommes" en R.G.D.I.P., n° 1, 1972, pp. 110 y ss.

- (64) Miele, M.: "L'articolo 50 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le sue prime applicazioni giurisprudenziali", en "Studi in Onore di Manlio Udina", T. I, Milano, 1975, pp. 539-550, en concreto pp. 541, 542 y Vis, W., ob. cit. pp. 279-286, Vegleris, Ph., ob. cit. pp. 369-388.

ria la intervención de un órgano judicial internacional.

El significado inmediato de esta afirmación implica que el sujeto deberá acudir ante las autoridades nacionales competentes para que le concedan la reparación fijada internacionalmente.

La constatación por la autoridad internacional de la violación no exime al particular del deber de interponer la acción interna adecuada con el fin de conseguir la reparación. En efecto, en el supuesto de que el Tribunal europeo se pronuncie a favor de la reclamación del individuo y declare que la ley o medida controvertida es contraria al Convenio, el particular deberá proceder en primer término a la interposición de la oportuna acción en el ordenamiento del Estado infractor para que la norma interna se declare ilegítima o anti-constitucional si el Convenio formase parte del orden jurídico interno. A este fin, el particular deberá, incluso, acudir al Tribunal Constitucional si lo hubiere en el orden jurídico en cuestión. Al particular le interesa primordialmente que se declare su condición de víctima. Es lógico que las autoridades internas no se hallen dispuestas a efectuar modificaciones en la legislación para adecuarla al espíritu del Convenio sin que previamente el Tribunal se haya pronunciado respecto a la contravención del texto europeo. La confirmación explícita de la violación sirve de punto de partida al procedimiento de la reparación.

La confirmación de la violación por el Tribunal europeo faculta al particular para que exija de las autoridades internas la ejecución de la reparación que le fue atribuída internacionalmente.

La víctima de la infracción de un derecho o libertad, consagrados por el Convenio, ha de tener, por tanto una "vía

de acceso directo para obtener la reparación a cargo de las autoridades internas". Esta es la consecuencia inmediata de la sentencia condenatoria del Tribunal (65).

La sentencia del Tribunal europeo concede al particular lesionado un derecho concreto cuya garantía compete a las autoridades internas, aún cuando el particular haya tenido que acudir ante una instancia internacional para que se le atribuya el derecho. El efecto inmediato de la sentencia internacional consiste, pues, en conceder al sujeto un derecho inmediatamente tutelable frente al Estado responsable y en razón, precisamente, de su Derecho interno.

La sentencia crea por tanto una situación jurídica nueva que favorece a la víctima frente al Estado infractor. En este sentido el art. 53 del Convenio impone, con claridad, a los Estados la obligación de "conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte" (66).

(65) Publ. Cour. Eur. D.H. série B, vol. 12, pág. 89.
Golson, H., ob. cit. pp. 91-92.

(66) Recueil des textes, pág. 112.

FINALIDAD PRIMORDIAL DEL CONVENIO: EL INTERES HUMANO
DE LA REPARACION.

En el ordenamiento internacional, al igual que en el orden interno, el sujeto jurídico que sufre un daño por causa ilícita de otro sujeto tiene derecho al restablecimiento en su favor del orden jurídico perturbado. Esa relación jurídica comporta la obligación de reparar a la víctima el daño causado (1).

-
- (1) "C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate" C.P.I.J. Affaire des Usines de Chorzow.

El principio implica que:

"La responsabilité pour la violation d'une obligation internationale et le devoir de réparer les conséquences d'une telle violation étant connexes en droit", C.P.J.I., Série A, n° 17, pp. 17 y 27-28. Se ha afirmado en consecuencia que: "Il s'ensuit que le devoir de réparation ne peut incomber qu'à une Partie contractante" y... l'article 50 plutot riser une des conséquences d'une violation de la Convention, c'est à dire, le devoir de réparer". Véase Vis, W.: "La réparation des violations de la Convention européenne des droits de l'homme" (Note sur l'article 50 de la Convention) en: "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. Paris 1961, pp. 279 y 286. Véase asimismo, Vallée, Ch.: "Une application de l'article 50 de la Convention Européenne des droits de l'homme" en Revue generale de Droit International public. 1972, n° 4, pp. 1105 y ss. Miaja de la Muela A.: "Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras" en REDI, 1969, pág. 12.

Marin Lopez, A.: "Aspectos actuales de la Responsabilidad Internacional". En estudios de Derecho Internacional

Esa relación jurídica entraña diversas cuestiones y problemas, bien de orden jurídico de carácter general o bien de orden jurídico-técnico de carácter concreto. Las primeras conciernen, esencialmente, a las condiciones necesarias para el nacimiento de la obligación de reparar. Las segundas se refieren, principalmente, a la forma de operar la reparación y a su contenido y alcance. Aquellas revisten más importancia doctrinal.

.../...

- Homenaje al Profesor Miaja de la Muela, A., Madrid 1979, tomo II, pp. 815-836, véase en concreto II. El fundamento de la responsabilidad internacional. pp. 817-818.
- Personnaz, J.: "La réparation du préjudice en Droit International public", París 1938, pp. 7, 22, 70, 136, 137 y 327.
- Pastor Ridruejo, J.A.: "La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya" (Sistematización y comentarios). Madrid 1962. pág. 429.
- Guggenheim, P.: "La validité et la nulté des actes juridiques internationaux, en R.C.A.D.I., 1949, v. 74, pág. 257.
- Eagleton C.. decía: "La responsabilidad es simplemente el principio que establece la obligación de reparar cualquier violación de. D.I. cometida por el Estado demandado que se traduzca en daño", en "The responsibility of States in international law", Nueva York, 1928. Véase "International Organization and the law of responsibility", en RCADI. vol. 76, 1950, pp. 319-425.
- Jimenez de Arechaga, E.: "International responsibility" en "Manual of public international law". Londres 1968. pp. 531-603.
- Luzzato, R.: "Responsabilità e colpa in Diritto Internazionale" en Rivista di Diritto Internazionale, 1963, pp. 53-107.
- En cuanto a la condición de víctima debe entenderse que: la terme "partie lesse" vise incontestablement des Etats. A par l'Etat, la "partie lesse" peut donc aussi signifier

.../...

Estas más interés humano, porque su solución permitirá, tal vez, situar a la víctima en su situación primitiva (2).

.../..

l'individu victime de la violation. Ce fait a une importance particulière pour l'interprétation du terme "satisfaction équitable", así se expresa Vis, W., Ob. cit. pág. 283, Pelloux, R.: "Le contentieux de l'indemnité devant la Cour européenne des Droits de l'Homme" en Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stasilopoulos, Atenas 1973-4, pp. 379-403, en concreto pág. 399.

- (2) En cuanto a la condición necesaria para el nacimiento de la obligación de reparar. Será preciso que de conformidad con el Convenio se haya establecido que el individuo es realmente "víctima" de un arresto o detención irregular a partir de ese momento los órganos de Estrasburgo podrán examinar el daño concreto susceptible de motivar la reparación.
- Se ha dicho que: "Un ovvio presupposto per la concessione alla parte lesa dell'equa riparazione, prevista dell'art. 50, è costituito dall'accertamento ad opera della Corte, della violazione di un obbligo convenzionale da parte di uno Stato contraente". Véase Panzera, A.F.: "Il potere della Corte europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa". En Rivista di Diritto Europeo. Roma 1974, n° 4. pág. 318. En cuanto a la competencia del Tribunal para conceder la reparación: "L'article 50, lui contient une disposition sur la compétence de votre Cour d'accorder une satisfaction équitable à la victime d'une violation de n'importe lequel des droits fondamentaux garantis par la Convention. Véase la intervención de G. Sperduti en el asunto "Ringelsen", Audiences Publiques de mai 1972. Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 13, pág. 42.
- Se trataba de desestimar el argumento que negaba la interrelación entre los artículos 5 y 50. Véase Ibidem, pág. 42.

.../..

El interés humano de la reparación constituye una de las finalidades primordiales del sistema normativo de la protección del derecho contenido en el Convenio europeo. La doctrina y la jurisprudencia internacionales, sobre la materia anteriores al Convenio no presentaban carácter homogéneo, ni unitario. El hecho se explicaba teniendo en cuenta la relatividad y, por tanto, la evolución constante y progresiva del Derecho internacional. Todavía en 1930, la técnica de la reparación era deficiente en la doctrina y la práctica, de ahí la necesidad de los estudios actuales en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (3).

.../...

"... la compétence d'accorder une réparation (Entschädigung) dans les cas où la restitutio in integrum est par nature impossible. Cela, mon gouvernement ne le conteste point. Là où la réparation totale (wiedergutmachung), la restitutio in integrum n'est pas possible, la Cour a sans nul doute, en vertu de l'article 50, la possibilité et la compétence, peut-être même le devoir, d'accorder un dédommagement". As. Ringeisen. Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 13. pág. 51.

Además la competencia del Tribunal para conceder una reparación, se deriva además del art. 50 de otra fuente, de su propia naturaleza como Tribunal internacional con competencia de plena jurisdicción que le es inherente. Así se había pronunciado el T.P.J.I. en el asunto "Chorzow" C.P.J.I., Série A, n° 17, pp. 17 y 27-28.

- (3) Cassin R., en su curso de la Academia de La Haya presentaba el ideal futuro de la protección de los derechos humanos:

"... quelles que soient les modalités de l'avenir, une chose est certaine, les droits fondamentaux de l'être humain ne seront connus, et effectivement protégés, que

.../...

Se confiaba, sobre todo, en el papel primordial del

.../...

si, dans le monde entier, un vaste mouvement s'établit en leur faveur. Pour cela, il faut des hommes et des femmes de pensée, de raison, de science. Mais il faut aussi des gens de coeur".

Véase Cassin R., "Les Droits de l'Homme", en R.C.A.D.I. 1974, IV, Leiden, 1976, pp. 323-331, en concreto, pp. 330-331.

Santo Tomás de Aquino afirmaba el principio de que "homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum et omnia sua" en *Summa theologiae* II, 2, 64, art. 2. El respeto de la dignidad humana es la base de los derechos del hombre y de sus libertades fundamentales y debe desarrollarse como estipula el Convenio, sobre la base de una herencia común de ideales políticos y en la salvaguardia de la libertad y de la supremacía del Derecho. Esta fue también la convicción de los fundadores españoles del Derecho Internacional Moderno. Vitoria F., y la escucha de Salamanca se preocuparían del "orden universal de la humanidad" en *Relectio de Indis*, III, 5, citado por Verdross, A., en "La dignité de la personne humaine comme base des droits de l'homme". Conferencia impartida en Estrasburgo, en el círculo Internacional de Juristas, 22 de abril de 1977 en la que indica la primera vez que aparece la calificación de derechos humanos en el escritor Fernando Vázquez de Menchaca, que en el prefacio de su obra "Controversiae Illustres" Praefatio de 1595, proclama como inherente al hombre

"Iura naturalia quasi inmutabilia", aunque no sea siempre respetado. Véase Verdross, A.: "Derecho Internacional Público" Madrid, 1976, pp. 540 y 55.

Puente Egido J., en su estudio: "Algunas Consideraciones en torno a la situación de los particulares ante las instancias internacionales" en REDI, vol. XX, n° 2, pp. 269-298, señalaba como en el planteamiento clásico el Estado se interponía entre los individuos y el orden jurídico internacional. El planteamiento positivista desatendió desde un punto de vista internacional los derechos del particular frente al Estado y los deberes de estos respecto de las personas individuales.

.../...

juez internacional. La Conferencia de codificación del Dere-

.../...

Las reglas sobre la responsabilidad internacional excluyen al individuo de la esfera internacional.

No se le capacita para reclamar directamente contra el Estado que le ha causado el daño. Es el Estado nacional quien endosa su reclamación para que se le repare el perjuicio sufrido mediante el ejercicio de la protección diplomática, o mediante la presentación de una reclamación ante una instancia judicial.

Con la creación de instrumentos regionales la situación jurídica subjetiva varia. El Convenio le confiere a la víctima un derecho subjetivo individual, con la concesión del derecho de acceso ante una instancia internacional, y el Estado debe respetar el acceso de los particulares. Hoy asistimos a lo que se conoce por "Die Entzauberung der Staatsgewalt" (La desmitificación del Poder del Estado), se posibilita al individuo a que se aproxime a los órganos internacionales.

Ermacora subraya la evolución realizada en la materia gracias a la influencia moral que ejerce la Declaración Universal de Naciones Unidas.

Véase, Ermacora F.: "Human Rights and Domestic Jurisdiction" en R.C.A.D.I.. La Haya 1968, vol. 24. pp. 394-395. En igual sentido Cassin R., quien manifiesta la relevancia "del carácter mundial, común de los principios formulados" en RCADI. En Ob. cit., 1974, pp. 323-331 en concreto pág. 326.

Se tiene hoy a calificar a este instrumento como fuente del Derecho Internacional de los derechos del hombre, incluso se ha llegado a decir que es la traducción de un conjunto de reglas transformadas en consuetudinarias, y más aún se ha dicho que es la mejor expresión de un elemento esencial del *Ius Cogens*". Schwelb, E., Véase: "Human Rights and The International Community" Chicago 1964 y Newman, F.C.: "Interpreting the Human Rights Clauses of the U.N. Charter" en *Revue des droits de l'homme*, vol. V (1972), pág. 283.

Sobre la fuerza jurídica de la Declaración Universal, véase el Informe de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas: E/3616/Rev. 1, párr. 105.

.../...

cho internacional había de insistir en la importancia de la

.../..

En el ámbito europeo se ha señalado que se trata de una jurisprudencia nueva que contribuirá a asegurar la salvaguardia y la primacía de los derechos humanos. Weill, J.: "The European Convention on Human Rights", Leyden 1963, pág. 162.

A pesar de que vimos como los autores del Convenio pensaban que el art. 50 se confirmaba con el Derecho Internacional en materia de violación de una obligación internacional por un Estado. Llegaron a pensar que la jurisprudencia del Tribunal europeo no aportaría en la materia:

"Aucun élément nouveau ou contraire au droit international existant". Véase CM/WP 1 (50) 15, pág. 33.

En igual sentido Verdross A., que refiriéndose tanto a la Declaración Universal como a los Pactos internacionales de derechos económicos sociales y culturales y el de derechos civiles y políticos aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y que entraron en vigor en 1979 afirmaba:

"Ces dispositions me semblent d'une importance capitale, car par elles, les Etats eux-mêmes ont formellement reconnu que les droits de l'homme garantis dans ces deux Pactes internationaux, trouvent leur base dans un principe d'ordre supérieur, à savoir dans le principe de morale universelle du respect dû à la dignité de la personne humaine, principe reconnu donc comme fondement de tous les différents systèmes du droit interne". Véase su ponencia "La dignité de la personne humaine comme base des droits de l'homme".

Zurich 1979. pp. 415-421 en concreto pág. 416.

En la práctica M.A. Eissen afirmaba que:

"La Cour a évité de définir une doctrine trop rigide même en cette matière où l'intérêt général ne figure certes pas au premier plan".

Eissen, M.A.: "La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour européenne des Droits de l'Homme" en: "La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles". Troisième colloque du Département des Droits de l'Homme de l'Université Catholique de Louvain-Centre d'Etudes européennes. Bruxelles 1977. pp. 143-213, en concreto, pág. 160.

.../..

función judicial en materia de reparación. Y alguno de los Estados participantes consideraba incluso, inoportuna la redacción, en forma precisa, de las reglas que debiera de observar el juez internacional, estimando preferible dejarle resolver los problemas según las circunstancias del caso concreto. El texto tomado, entonces, en consideración se reducía a sentar el principio genérico que "la responsabi-

.../...

Véase, Asunto "Neumeister", (art. 50).
 Publ. Cour. Eur. D.H., Série A n° 17, pp. 8-9, párrafos 17-19 y pp. 10-11 párrafos 23-24. Série B, n° 15 pp. 33, 34, 35, 36, 42-43, 45-46, 72-73, 74-79 y 80 84, v Série A, n° 8, pág. 5 párrafo 5 y Série B, n° 6, pp. 189-190.
 Asunto de Vagabundeo, Série A n° 12, pág. 13, párrafo 6, y Série B, n° 10, pp. 187-189, 207 y 224-225.
 "La Cour doit avoir notamment égard au devoir lui incombant de sauvegarder les intérêts de l'individu qui ne peut être Partie devant elle, que la procédure organisée devant la Cour, tant par la Convention que par le Règlement de la Cour, est tournée vers des fins qui concernent le requérant, qu'il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que la Cour puisse connaître et, le cas échéant, prendre en considération le point de vue du requérant..." en Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 14 de Novembre 1960 affaire "Lawless" Série A, n° 15. Véase Golsong, H.: "The procedure before the Court" en R.C.A.D.I. t. III, 1963, pp. 129-134. De Meyer, J.: "La situation des "personnes physiques", "organisations non gouvernementales" et "groupes de particulliers dans la procédure devant la Cour européenne des Droits de l'Homme" en Annales de Droit n° 1/2 1974, pp. 65 y ss. Mosler, H.: "La procédure de la Cour Internationale de Justice et de la Cour européenne des Droits de l'Homme", en René Cassin Amicorum discipulorumque, vol. I, 1969, pp. 196-212. Harris, D.J.: "European Court of Human Rights (the Lawless Case)" en International and Comparative Law quaterly, vol. 10, part. 3, 1961, pp. 616-619.
 La finalidad que debe perseguir el art. 50 es:
 "La protezione ad consequentias dei diritti e delle liberta fondamentali della persona umana".

.../...

lidad del Estado implicaba la obligación de reparar los daños sufridos, por causa del incumplimiento de una obligación internacional". Las reglas técnicas de la reparación no habían alcanzado aún el grado de madurez necesaria. El tema es aun hoy en día, objeto de los estudios de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas (4).

.../...

Véase Miele, M.: "L'articolo 50 de la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le sue prime applicazioni giurisprudenziale", ob. cit. pág. 542.
Doc. 3 Assemblée Consultative, première session 19 agosto 1949. Véase también en Rec. Trav. Prep. vol. 1, La Haya 1975, pp. 19-20 y pp. 297-321 respectivamente.

- (4) Los trabajos de codificación de responsabilidad siguen igual orientación que el Proyecto III Comisión de Codificación de La Haya de 1930.
A/CN. 4/196, Annuaire de la Commission du Droit International, 1967, II, pág. 361.
Rapport de la Commission sur sa 21^{ème} session, paragraphe 8, Annuaire cit. 1969, II n° 242 desarrollado en el "Deuxième rapport sur la responsabilité internationale", paragraphes 15 a 25 en Annuaire cit. 1970, II, pág. 193.
Véase informe 29° período de sesiones y el Informe de la comisión sobre la labor realizada en su 31° período de sesiones.
Véase el texto de todos los artículos del Proyecto aprobados hasta ahora por la Comisión.
"Les analyses de la responsabilité internationale comportent traditionnellement une distinction entre les différent éléments qui la constituent un fait attribuable à l'Etat - la violation par ce fait d'une obligation internationale dudit Etat - un dommage causé à un autre Etat - un lien de causalité entre le fait du premier Etat et le dommage subi par le second - un réparation du dommage ainsi causé".

.../...

Consideramos, por ello, necesario atenernos más a los criterios jurisprudenciales y a la técnica del sistema del Convenio europeo que a las puras elaboraciones doctrinales en curso de cristalización positiva. El Convenio europeo significa, además, un progreso singular y extraordinario en la protección de los derechos humanos. El individuo, la persona física o jurídica, ha dejado de ser, para el Convenio, un mero "objeto", como venía siéndolo hasta época reciente, en el ordenamiento internacional.

El principio de la reparación se modela en el Convenio europeo, conforme a una técnica nueva, en razón de la persona humana. Naturalmente siguen siendo primordiales los conceptos del daño y los medios de prueba del mismo. Pero la concepción y clasificación del daño material y moral, el contenido mismo de la reparación, la técnica de su ejecución jurídica, etc., revisten características inusitadas en función y exaltación del respeto debido al ser humano.

El interés humano de la reparación explica la presencia indirecta del individuo en juicio ante el Tribunal europeo.

.../...

Véase Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en el Informe Riphagen. Julio 1981.

Reuter, P.: "Le dommage comme condition de la Responsabilité Internationale" en Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela, A., Madrid 1979, Tomo II, pp. 837-846, en concreto pág. 837.

Sabemos que la calidad plena de presentarse, apelar y comparecer ante el Tribunal, no es atribuible, directamente a la persona física o jurídica. Este criterio está convencional y jurisprudencialmente bien establecido.

Sin embargo, la eventualidad de la presencia indirecta en juicio ante el Tribunal europeo del propio reclamante es uno de los avances del desarrollo del Convenio que no puede ponerse en duda. La cuestión se planteó y resolvió, en sesión plenaria del Tribunal, como una "cuestión de procedimiento". El artículo 29 del Reglamento dispone que los Delegados de la Comisión "pueden, si lo desean, hacerse asistir de cualquier persona de su elección" y que la persona así elegida puede ser llamada a "tomar la palabra en los debates ante el Tribunal". Y el artículo 29 no limita la libertad de opción de los Delegados y no les prohíbe hacerse asistir "por el abogado de un individuo requirente".

A juicio del Tribunal nada impide a la Comisión para que pueda "pedir al requirente que designe a una persona que esté a la disposición de los Delegados", aunque de ello no se deduce que "la persona" tenga "locus standi in iudicio". La persona que asista a los Delegados se debe limitar a presentar las explicaciones que aquellos le indiquen, y siempre "bajo el control y la responsabilidad" de los Delegados.

Este criterio jurisprudencial general es susceptible de ciertas rectificaciones doctrinales. Porque, en principio, el abogado que comparece ante la Comisión como consejero de los requirentes no debiera de intervenir ante el Tribunal "en nombre de la Comisión" Y los esclarecimientos técnicos del abogado debieran de limitarse a los puntos nuevos que

suscite el procedimiento escrito u oral ante el Tribunal sobre los que la Comisión juzgue no haber sido suficientemente informada anteriormente y no hubiera, por ello, podido hacer constancia en su Informe.

En todo caso, el artículo 29 del Reglamento debe interpretarse según el artículo 44 del Convenio que dispone que solo los Estados y la Comisión tienen capacidad para presentarse ante el Tribunal.

Y la Comisión, que salvaguarda el interés público, no puede hacerse representar por el abogado del requirente.

El representante o abogado del reclamante podría hacerse oír, además, por el Tribunal en virtud del artículo 38 del Reglamento, que le permite escuchar a cualesquier persona cuyas declaraciones sean consideradas oportunas para el cumplimiento de la misión judicial. Claro está que, en este caso, es al Tribunal al que le corresponde señalar los hechos que deben esclarecerse.

a) NUEVA CONCEPCION DE LA OBLIGACION DE REPARAR: LA PERSONA HUMANA, COMO VICTIMA EFECTIVA, CAUSA SUFICIENTE DE SU DEMANDA DE REPARACION FRENTE A LOS ESTADOS.

La obligación de reparar tiene, en general, sus raíces y origen material en el daño. Pero su fundamento jurídico se asienta en el Convenio europeo en una nueva concepción de la responsabilidad del Estado en materia de Derechos humanos y de las libertades fundamentales del hombre. Los criterios de la comitas gentium o de la voluntad expresa de Estados resultan, hoy en día, totalmente anacrónicos.

La diversidad de las formas de reparación, restitución en especie o por equivalencia, aparecen ahora como el Derecho común de la persona humana protegida por el sistema de garantías establecido en el Convenio europeo (5).

-
- (5) Las formas de la reparación implican la concesión de una indemnización que normalmente será una indemnización pecuniaria pero puede preverse la concesión si fuere posible de la "restitutio integrum". En este sentido se manifiesta Vis, W., ob. cit., pág. 586 y se apoya en la propia jurisprudencia del T.P.J.I., en el asunto de la Fábrica de Chorzow, en C.P.J.I., *Série A* n° 17, pág. 17.
- "Quant à la victime, personne physique ou morale, affectée par la violation, en dehors de la satisfaction morale qu'elle peut éprouver à voir reconnaître sont bon droit, elle peut espérer que l'Etat fautif, à l'égard de qui l'arrêt a l'autorité de chose jugée, s'efforcera d'effacer les conséquences de la mesure irrégulière" Así se pronuncia Pelloux, R.: "Le Contentieux de l'Indemnité devant la Cour Européenne" en ob. cit. pp. 397-404, en concreto, pág. 397.
- "La Cour a la tendance d'accorder au requérant, a titre de satisfaction équitable au sens de l'art. 50, aussi le remboursement des frais exposés devant la Cour, dans l'hypothèse qu'il ne jouissait pas de l'assistance judiciaire". Véase Matcher, F.: "La position de l'individu dans la procédure devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme". Ponencia presentada al Coloquio internacional sobre el Convenio, celebrado en Madrid, 2-3 Octubre 1979, pág. 13.
- Véase asimismo Mosler, H.: "La procédure de la Cour internationale de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme - Observations à l'occasion de la nouvelle procédure interne de la Cour Internationale de Justice" en Ob. cit. pp. 196-212.

El contenido del daño de orden privado es variable, puede ser patrimonial o extrapatrimonial, económico o moral, pero es susceptible, en todo caso, de ser evaluado por los órganos del nuevo sistema protector del Convenio europeo. La consideración de la persona lesionada, como verdadera víctima, desempeña un papel decisivo y considerable en el Convenio europeo. La apreciación y evaluación de la reparación presenta un carácter eminentemente compensatorio en favor del individuo. Naturalmente, el juez europeo, al ordenar la reparación del daño privado, no deja de tener en cuenta las grandes líneas de las reglas consagradas por la práctica del Derecho interno, pero no solo no está ligado por ellas, sino que el Convenio que tiene que aplicar prima de manera absoluta, al igual que debe primar siempre el aspecto puramente técnico y humano de la reclamación. La libertad de apreciación del juez europeo no está hipotecada por el temor tradicional de herir la susceptibilidad del Estado en causa. El Convenio le permite, ante todo, pensar en el carácter integral de la reparación y en el modo más adecuado de ejecutarse.

El esclarecimiento de los hechos y la cuestión de la prueba revisten un interés considerable en la ejecución práctica del Convenio europeo. No es fácil la tarea de determinar la existencia del daño y evaluar su alcance e importe. No es que el Convenio ofrezca una teoría completamente nueva de la prueba en Derecho internacional.

Tanto el Derecho internacional, como sobre todo el Derecho interno, conocen bien los dos sistemas procesales usuales, el tipo inquisitorio y el tipo acusatorio. El primero responde más a la idea primitiva de que el juez dirige el procedimiento y puede realizar indagaciones, mientras que el segundo

se refiere a las indagaciones, dadas por las partes. El principio dominante en el Convenio es la neutralidad del juez y es a las partes a las que incumbe la carga de la prueba.

En las legislaciones internas la carga de la prueba se suele repartir entre el demandante y el demandado, mediante la aplicación de las máximas "actori incumbit onus probandi" y "reus in excipiendo fit actor". La importancia de estas máximas es considerable, porque los reclamantes son admitidos a comparecer ellos mismos ante el juez (6). Este no es, estrictamente, el caso del Convenio europeo, en el que por otra parte, juega un papel esencial la reclamación de la víctima. Porque la reparación ha de basarse, esencialmente, en el daño sufrido por la parte lesionada. Es la víctima la que inicialmente puede apreciar mejor su alcance. La pugna procesal gira en torno de la víctima, como demandante, y del Estado infractor, como demandado. Aquél se esforzará por probar el buen fundamento de su causa y alcance del daño. Este tratará de combatir las alegaciones de aquél. Pero, aún en el supuesto de falta de negación del demandado, el juez europeo procede a un examen atento de esas apreciaciones.

(6) Lo examinaremos al referirnos al "locus standi in iudicio" de la parte lesionada. Véase Eustathiades, C. Th., "Moyens de mise en oeuvre en matière de droits de l'homme et la subjectivité internationale de l'individu: évolutions réalisées par les nouvelles règles et par les mesures spéciales de mise en oeuvre" en R.C.A.D.I. T. III, 1953, pp. 591-600.

Lo más frecuente es que el requirente solicite una indemnización precisa representando el daño que pretende haber sufrido. Y aportará en su apoyo las pruebas de que pueda disponer. Pero, a veces, también, el demandante no presenta reclamación precisa de una suma determinada, sino que deja libre al juez de determinar a su juicio la indemnización que estime se debiera de otorgar.

El ordenamiento jurídico europeo no es, como hemos visto, un orden que afecte sólo a los Estados. Conciérne directamente a los individuos, a la persona humana, a sus intereses materiales, a su libertad y a su honor. La lesión de sus intereses y derechos faculta al hombre, en general, para requerir la reparación debida al Estado autor del daño. Los simples particulares -personas físicas o jurídicas- son libres para invocar y reivindicar un derecho propio frente a los Estados. La consideración de víctima efectiva que es la persona humana, y la naturaleza del perjuicio, directo o indirecto, sufrido por los individuos es causa suficiente de la demanda de reparación, con arreglo a la nueva técnica procesal y a las nuevas normas sistemáticas del Convenio europeo (7).

(7) En la práctica y para resolver la cuestión relativa a la admisibilidad de las demandas de reparación que se le plantearon el Tribunal modificó su reglamento el 8 de noviembre de 1972, artículo 47 bis nuevo y art. 50 enmendado.

A. El artículo 47 bis (cuestión de la aplicación del artículo 50) dispone:

1. Si des propositions ou observations concernant la question de l'application de l'article 50 de la Convention n'ont pas été présentées à la Cour dans l'acte introductif d'instance, elles peuvent l'être par une Partie ou la Commission à tout moment de la procédure écrite ou orale.

En realidad, el Tribunal europeo concede gran importancia a la reclamación de la víctima: constituye la base primera de la estimación. Y a ella se refiere el Tribunal, incluso, cuando la rechaza y motiva esta decisión por su exageración o por su mal fundamento, o la admite, reduciéndola de modo considerable, después de minucioso exámen.

Es, en general, muy raro que la demanda sea la representación exacta y matemática del daño. No sólo porque el reclamante tienda a exagerar su evaluación, sino también, por que las bases de su estimación no tienen siempre la pertinencia jurídica adecuada o por defecto de pruebas suficientes. Sobre todo en materia de daño no patrimonial, por el carácter y dificultad de la evaluación de tal perjuicio, por ejemplo, en los casos de privación de libertad.

.../...

2. "La Chambre peut à tout moment inviter toute Partie et la Commission a présenter des observations sur cette question".
- B. El art. 50 (Contenido de la sentencia):
 - "3. Lorsque la Chambre constate une violation de la Convention, elle statue par le même arrêt sur l'application de l'article 50 de la Convention si la question, après avoir été soulevée en vertu de l'article 47 bis du présent Règlement, est en état; sinon elle la réserve en tout ou partie et détermine la procédure ultérieure. Si au contraire ladite question n'a pas été soulevée en vertu de l'article 47 bis, la Chambre fixe un délai dans lequel toute Partie ou la Commission peuvent la soulever.
 4. Si la Chambre reçoit communication d'un accord intervenu entre la personne lésée et la Partie responsible, elle en vérifie le caractère équitable. Recueil des Textes, pág. 415.

Es principalmente en la apreciación del valor de las pruebas aportadas donde se observa la entera libertad del juez europeo: no está limitado, como el juez interno, en lo que concierne a la evaluación y admisibilidad de las pruebas. La prueba debe ser adaptada principalmente, como instrumento destinado a establecer las relaciones de hecho y de causalidad (8).

-
- (8) El nexo de causalidad es un requisito imprescindible para la concesión de una eventual reparación. Así se puso en evidencia en los siguientes términos "Qu'il n'y a pas de possibilité de satisfaction équitable s'il n'est pas prouvé l'existence d'un préjudice et l'existence d'une relation de cause à effet entre la violation et le préjudice de la même nature paraissant être une vérité incontestable". Audiences Publiques de Mai 1972, As. Ringeisen. Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 13, pág. 61. En cuanto a la posición del individuo ante la justicia internacional véase Von der Heydte, F.A.: "L'individu et les tribunaux internationaux", en R.C.A.D.I., 1962, T. 107, en concreto pp. 332 y 333. En cuanto a la competencia respecto de los individuos en las jurisdicciones internacionales. Véase Juris Classeur de Droit International, vol. 3, Fascículos 210 y 250. En cuanto a la presentación de la prueba para la concesión de una satisfacción equitativa. Véase asimismo, Asunto de "Vagabundeo" (art. 50), Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, n° 12, pp. 24, 26, 72, 73, 92. Asunto "Ringeisen" (art. 50) Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, n° 13, pp. 35, 38, 48, 54, 55, 57, 59, 63 y 78-81. Y en este mismo asunto la sentencia interpretativa de 22 de Junio de 1972, Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, n° 14, pág. 8. En el asunto "Neumeister" (art. 50). Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, n° 15, pp. 11, 31-32, 52, 64-75, 72, 102, 118-119, 127 y 130-131. Vanhalewyn, J.: "L'affaire Neumeister" en Cahier de droit européen, 1969, pp. 217 y ss.

b) LA TECNICA DE LA REPARACION Y LA RELACION CAUSAL
CON LA VIOLACION

La técnica de la reparación en el Convenio europeo se asienta en el sistema de "garantía colectiva" enunciado en su Preámbulo, y en la finalidad u objeto del Consejo de Europa consistente en la "protección" de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales.

El sistema reparador de la protección toma como punto de partida el desconocimiento, la inobservancia o la violación concreta de las obligaciones derivadas del Convenio.

La violación engendra la posible aplicación automática del sistema técnico de la reparación. En este sentido, el Convenio ofrece una sistemática causal ligada a la infracción. Por un lado, la violación se vincula directamente con los "derechos y libertades" garantizados, reconocidos de modo explícito y objetivo por el Convenio, o incluso, por la misma esencia o integridad del Convenio.

.../...

Se subraya la interpretación del Tribunal de la que es muestra significativa la intervención de Rolin, H.: "Il n'y a pas de possibilité de satisfaction équitable s'il n'est pas prouvé l'existence d'un préjudice et d'une relation de cause à effet entre la violation et le préjudice". En el asunto "Ringelsen" Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, n° 13, pág. 61. Vallée, Ch.: L'affaire Ringelsen devant la Cour européenne des Droits de l'Homme", en R.G.D.I.P. n° 1, 1972, pp. 110 y ss.

Baste recordar en tal sentido, que el art. 17 condena cualquiera que sea la actividad o acto "encaminados a destruir cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio". Trátese de Estados, grupos o individuos. Y lo mismo acontece en las reclamaciones dirigidas al Secretario General del Consejo de Europa, por "cualquier persona física, organismo no gubernamental o grupo de individuos que declaren ser víctimas de una violación, por una de las partes contratantes, contra los Derechos reconocidos en este Convenio" (9). Y en términos más genéricos, se prevee que el Tribunal pueda decidir si ha habido o no una infracción del Convenio (10).

Y por otro lado, la violación básica para poner en marcha el sistema de reparación, puede estar vinculada, de modo más subjetivo, con los deberes concretos impuestos al Estado "la contravención o infracción por el Estado interesado" de las obligaciones que incumben según los términos del Convenio (11). Y esta es la misma idea que contiene el precepto básico del sistema de reparación: cualquier decisión o medi-

(9) El art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa.
El Art. 1 del Convenio, véase Recueil des Textes,
pág. 102.
El art. 17 y el art. 25 Ibidem, pp. 106 y 108.

(10) El artículo 50 del Convenio Ibidem, pág. 112.

(11) El art. 1 del Convenio Ibidem, pág. 102.

da interna que "esté de manera completa o parcial en conflicto con las obligaciones dimanantes del presente Convenio"(12).

La violación, por tanto, ha de estar en relación causal con los derechos y libertades inscritos de modo objetivo y subjetivo, en el sistema de "garantía colectiva" del Convenio.

Es notorio que éste no contiene absolutamente todos los derechos y libertades que postula la concepción democrática liberal y social de nuestra era. Pero no por ello es menos prometedor el hecho histórico de que el Convenio se configura y proclama el ideal de democracia y libertad que permite la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (13).

Conforme a la estructura técnica del Convenio, se suele hablar de violación no sólo cuando se suscite el quebrantamiento de alguno de los derechos reconocidos. Es, además, preciso que la supuesta infracción sea objeto de una demanda o reclamación concreta, dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. Y es bien manifiesto que las peticiones o demandas pueden ser de carácter estatal (art. 24) o individual (art. 25) (14).

(12) Art. 50, Ibidem, pág. 112.

(13) Ibidem, pág. 102.

(14) Ibidem, pág. 108.

El sistema reparador del Convenio está, pues, condicionado no sólo a la supuesta infracción, sino también, al depósito o presentación de la demanda que denuncia el quebrantamiento de un derecho o de una libertad concreta determinada.

Iniciado el procedimiento en virtud de la demanda, las medidas posibles de reparación, según el Convenio, han de asentarse a su vez, en el Informe indispensable de la Comisión, "que podrá formular las propuestas que considere pertinentes" (15).

El Informe de la Comisión puede motivar la decisión del Comité de Ministros (art. 31) o la sentencia del Tribunal europeo (art. 48). Pero, en todo caso, ha de razonar si los hechos esclarecidos "revelan una contravención o infracción" de las obligaciones del Convenio (art. 31) (16).

(15) El artículo 47 (bis) del Reglamento del Tribunal dispone la facultad de la Comisión y de la Parte para presentar sus observaciones sobre la aplicación del art. 50 tanto en el momento en que se presenta la instancia como posteriormente en el transcurso del procedimiento escrito y oral.
Recueil des Textes, pág. 415.

(16) Ibidem, pág. 109. Véase Robertson, A.H.: "Le rôle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe". Colloque de Grenoble, 25-26 janvier 1973, en Rev. D.H. Vol. VI, n° 3, 1973. Y Modinos, P.: "Les pouvoirs de décision conférés au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe par l'article 32 de la Convention européenne des Droits de l'Homme" en Mélanges Rolin H., Paris 1964, pp. 196-216. Y por último, Wiebringhaus, H.: "Jurisprudence et procédure du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en vertu du premier paragraphe de l'article 32 de la Convention européenne des Droits de l'Homme" en Mélanges Polys Modinos, Paris 1968, pp. 454-478.

c) LA DECISION NECESARIA DEL COMITE DE MINISTROS" LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO: DIFERENCIAS DE CARACTER PROCESAL Y DE LAS MEDIDAS DE REPARACION.

Naturalmente, el esclarecimiento y razonamiento de la Comisión no presuponen la confirmación formal automática de la supuesta violación. Esta consagración y calificación tiene que derivar de la decisión del Comité de Ministros o de la sentencia del Tribunal. Entretanto, claro está, el Estado en causa puede proceder por su propia cuenta a la reparación. Pero esta no revestirá por si sola, el carácter de ejecución obligatoria de las medidas reparatorias dimanantes directamente del sistema de protección instaurado por el Convenio (17).

Iniciado el procedimiento, la actitud y comportamiento reparador de carácter espontáneo por parte del Estado pueden ocurrir, incluso, antes de haberse manifestado y resuelto la Comisión en favor de la admisión de la demanda. Sin

(17) El informe de la Comisión no es vinculante ni para el Comité ni para el Tribunal.
 Art. 31 del Convenio. Recueil des Textes, pág. 109.
 Véase Vis, W., ob. cit. pág. 280.
 Se habla de la presunción de violación, hasta que intervenga el órgano de decisión:
 "A decision of the European Court of Human Rights may, "if necessary" ("s'il y a lieu"), become a judgment ordering performance in those cases where the internal law of the Contracting Party concerned allows "only partial reparation".
 Observation of the Austrian Government.
 "Ringelsen", Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 13, 1971-1972 (Question of the application of article 50 of the Convention). Pág. 24.
 Informe del Comité de Expertos al Comité de Ministros CM/WPI (50) 15, y alocución de Teitgen a la sesión de la Asamblea Consultiva de 16 de agosto de 1950.

embargo, esa actitud del Estado no paraliza de modo automático el procedimiento en curso ante la Comisión. Será la propia Comisión la que tenga que ponderar el alcance de tales medidas adaptadas espontáneamente por el Estado durante el curso del procedimiento. Claro está que la Comisión, en tal supuesto, podrá resolverse, o no, por declarar "ostensiblemente mal fundada" la reclamación, a los efectos de su admisión. Pero aún habiendo sido admitida la reclamación, no hay que olvidar el papel primordial que desempeña en todo caso, la Comisión al objeto de "conseguir un arreglo amistoso del asunto". Y el arreglo amistoso, que pueda sufrir la decisión reparadora según el Convenio, ha de inspirarse necesariamente en el "respeto de los Derechos Humanos", tal como los reconoce este Convenio (18).

-
- (18) El Tribunal puede suspender el procedimiento del establecimiento de la reparación equitativa iniciado por la Comisión para favorecer un arreglo amistoso entre las partes. Permite al Estado que prevea el medio adecuado para reparar a la víctima.
 As. Neumeister, Publ. Cour. Eur. D.H., série B, vol. 15, 1971-1974, pág. 110.
 Según la Comisión la conciliación que medie entre las partes no debe necesariamente ser una compensación pecuniaria. Ibidem, pág. 124.
 "... quand il n'y a pas de règlement, comme en l'espèce, on se trouve sur une base différent: il incombe alors à la Cour, d'après l'article 50, de rechercher si tel règlement qui peut avoir été proposé assure une satisfaction équitable ou, en l'absence de tout règlement définitif, de déterminer en quoi consiste en l'espèce une satisfaction équitable". Ibidem, pp. 124-125.
 En este sentido se halla redactado el art. 50 del Reglamento interno del Tribunal que se refiere al contenido de la sentencia en su apartado 4 estipula "Si la Chambre reçoit communication d'un accord intervenu entre la personne lésée et la Partie responsable, elle en vérifie le caractère équitable".
 En Recueil des Textes, pp. 415-416.

Realmente, el sistema de la reparación debida y consagrada jurídicamente por el Convenio se fundamenta de modo esencial, en la existencia de una violación concreta de sus disposiciones reconocidas y declaradas por la decisión del Comité de Ministros o del Tribunal europeo. En ambos casos se impone al Estado infractor la obligación inexcusable de reparar, de restablecer el orden perturbado.

En efecto, cuando procede la intervención del Comité de Ministros, tendrá que decidir, en primer lugar, "si ha habido o no una infracción del Convenio" (19). En caso positivo, el Estado en causa tiene que "considerar como obligatoria" la decisión del Comité de Ministros y esta decisión puede resultar operante y eficaz de dos modos distintos y sucesivos. En primer lugar, el Comité de Ministros "fijará un plazo dentro del cual la Alta Parte Contratante interesada deberá tomar las medidas que lleve implícitas" la decisión.

(19) El artículo 32 en su párrafo 1 dispone:

"Si en un período de tres meses a partir del traslado al Comité de Ministros del Informe de la Comisión, el asunto no ha sido deferido al Tribunal por aplicación del art. 48 del presente Convenio, el Comité de Ministros decidirá, por voto mayoritario de dos tercios de los representantes con derecho a formar parte de él, si ha habido o no violación del Convenio".
Recueil des Textes, pág. 109. Véase Wiebringhaus, H.: "Jurisprudence et procédure du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en vertu du premier paragraphe de l'article 32 de la Convention européenne des Droits de l'Homme" en Mélanges Polys Modinos. París 1968, pp. 454-478. Y Modinos, P.: "Les pouvoirs de décision conférés au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe par l'art. 32 de la Convention européenne des droits de l'homme" en Mélanges Rolin, H., París 1964, pp. 196-216.

Y en segundo término, si el Estado infractor no toma las medidas satisfactorias dentro del plazo concedido compete al Comité de Ministros dar la "prosecución que le corresponda" a su decisión inicial y publicar el Informe.

La obligación inexcusable para el Estado infractor de reparar puede también derivar de una sentencia del Tribunal europeo sobre el fondo del asunto en litigio y de conformidad con los art. 50 a 54 del Convenio.

La resolución del Tribunal, que será definitiva, concederá, "si procede", una satisfacción equitativa a la parte perjudicada. El Comité de Ministros "vigilará su ejecución" (20).

-
- (20) Asimismo el art. 32 (2) y 3, Recueil des Textes, pág. 109.
Véase voto Particular del Juez Mosler en la sentencia de 10 de marzo de 1972, que se pronuncia a favor de la facultad del Tribunal para establecer límites para que el Estado proceda al cumplimiento de sus obligaciones. Véase Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 12, pp. 43 y 64.
Vis, W., se había cuestionado una actuación análoga para los dos órganos, Vis W., ob. cit. pp. 284-285.
El sistema de convenio comporta un principio fundamental que el Estado reconocido responsable de la violación le pertenece al Estado tomar las medidas para librarse de esa responsabilidad. Por ello es indispensable que el Estado disponga de un "mínimo de tiempo" para proceder a la adopción de las medidas reparatorias.
Igual procede el Comité de Ministros en virtud del art. 32 (2) del Convenio en que se fija un plazo a los Estados para cumplir sus obligaciones.

Cabe discutir si existe o no diferencia alguna, por su naturaleza, entre la obligación de reparar proveniente de la decisión del Comité de Ministros y la dimanante de la sentencia del Tribunal. Existen, desde luego, diferencias de carácter procesal pero no substantivas. La fuerza ejecutoria de ambas es análoga porque los Estados se comprometen igualmente a "considerar como obligatoria" la decisión del Comité de Ministros (21) y atenerse a las resoluciones del Tribunal en los litigios en que sean parte (22). Por ello, la natura-

.../...

"Si l'Etat en cause n'a pas adopté des mesures satisfaisantes dans le délai imparti, le Comité donne a sa décision initiale les suites qu'elle comporte. En somme, il s'agit d'une décision en deux étapes: constatation de l'infraction, conclusion tirée de la défaillance de l'Etat" Vis, W., ob. cit. pág. 284.

- (21) El art. 32 en su párrafo 4 dispone que:
"Las Altas Partes Contratantes se comprometen a considerar como obligatoria cualquier decisión que el Comité de Ministros puede tomar en virtud de los párrafos precedentes".
Recueil des Textes, pág. 109.
- (22) El art. 53 dispone: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte".
Ibidem, pág. 112, Véase Gerbino, M.: "Considerazioni sugli effetti della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo", en Rivista di diritto europeo, 1963, pp. 14-21, Y Velu, J.: "Le controle des organes prévus par la convention" en Mélanges Rolin H. "Problèmes du droit des gens" París 1964, pp. 462 y ss.

leza de la obligación no es distinta. Lo que es diverso, en el sistema reglado de protección del Convenio, es lo que concierne, en general, a las facultades y poderes del Comité y del Tribunal.

Al margen del origen esencialmente político de los Miembros del Comité y del carácter de "jurisconsultos de reconocida competencia" de los Miembros del Tribunal -o de "reunir condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales"-.

En cambio, los poderes y facultades de los dos órganos citados del Convenio no son exactamente los mismos en materia de reparación. Hemos advertido ya que el contenido y la manera de ejecutarse la decisión del Comité de Ministros, reviste ciertas singularidades. Puede "fijar un plazo" dentro del cual el Estado interesado ha de adoptar las "medidas implícitas" en la decisión. Y si el Estado no las adopta o no son "satisfactorias" el Comité dará, a su decisión inicial, la "prosecución que corresponda". Por consiguiente, parece otorgarse al Estado cierto margen de discreción, aunque sea relativo, durante el plazo que se le prescribe para enderezar y restablecer la situación violada. El margen es, claro está, muy relativo. Porque la naturaleza misma de la violación condicionará terminantemente los medios de la reparación adecuada que, a su vez, tiene que ser "satisfactoria". Y la discreción o iniciativa atribuida al Estado queda condicionada, también, por la vigilancia y fiscalización que, en ese interregno del plazo, puede ejercer el Comité de Ministros. Transcurrido el plazo fijado, es el propio Comité el que ha de decidir las medidas reparadoras correspondientes, e imperativas para el Estado. El Estado infractor se enfrentará entonces, con el cumplimiento de la "reparación obligada". Acontece aquí

algo análogo a lo que sucede, en otro terreno, con el agotamiento previo de los recursos internos. Se ofrece un margen discrecional a la iniciativa del Estado para el restablecimiento de la situación (23).

-
- (23) "... According to the wording and the meaning of article 50 of the European Convention on Human Rights, the European Court would be bound in every case of a violation of the Convention acknowledged by it, also to ascertain whether the internal law allows reparation of that breach of the Convention. If the European Court of Human Rights finds that the internal law does not suffice for providing full reparation, it shall decide whether it wants itself to afford satisfaction". Publ. Cour. Eur. D.H., série B, vol. 15, 1971-1974. "Neumeister".
- "Observations of the Austrian Government" pág. 15.
- El Tribunal europeo, en el asunto de "Vagabundeo" en la sentencia de 10 de marzo de 1972, relativa a la cuestión de aplicación del art. 50, declaró que el art. 50 permite conceder una reparación equitativa a la parte lesionada, en el caso:
- "Cuando la naturaleza de la lesión permite borrar, por entero, las consecuencias de una violación, pero el Derecho interno del Estado se opone a ello".
- En el asunto Ringeisen, que presentaba un notable paralelismo con el asunto de Vagabundeo.
- "Lorsqu'elle constate que la Convention a été violée, cette constatation vaut, avant tout, comme un solennel rappel à l'ordre de l'Etat coupable et un avertissement à ceux qui seraient tentés de suivre son exemple"
- Pelloux, R.: "Le contentieux de l'Indemnité devant la Cour européenne", en ob. cit. pág. 397.
- Véase Ruiloba, E.: "El agotamiento de los recursos internos en el ámbito de la internacionalización convencional de la protección de los Derechos Humanos". Referencia especial al art. 26 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 en su obra "El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo". Valencia 1978, pp. 131-136.

Pero, en todo caso, la obligación de reparar persiste en toda su plenitud, al igual que acontece con las sentencias del Tribunal.

El sistema de reparación del Convenio se impone, también, a los Estados mediante las sentencias del Tribunal europeo, cuyo carácter obligatorio es indiscutible. En efecto, la fuerza ejecutoria y carácter obligatorio de la sentencia no ofrece duda alguna en el sistema de reparación del Convenio: "la sentencia del Tribunal será definitiva", dice el art. 52. Es, pues, evidente su "fuerza de cosa juzgada".

La sentencia del Tribunal europeo produce los efectos normales de una decisión de justicia y, por ello, tiene la fuerza obligatoria de las confirmaciones de derecho y de hecho que apoyan su dispositivo. Es cierto, sin embargo, que la obligatoriedad de las sentencias es exigible a los Estados, cuando éstos han resuelto, voluntaria y previamente, someterse a la jurisdicción del Tribunal europeo, que es lo que sucede en la actualidad con respecto a la casi mayoría absoluta de los Estados signatarios o partes del Convenio. Conforme a su artículo 53, las Altas Partes Contratantes se comprometen a atenerse a las resoluciones del Tribunal en los litigios en que sean parte. Y, por consiguiente, están obligadas a cumplir estrictamente las sentencias pronunciadas en materia de reparación, de conformidad con el art. 50 del Convenio.

d) FACULTAD DEL TRIBUNAL DE CONCEDER UNA "COMPENSACION
EQUITATIVA" Y SUS LIMITACIONES SEGUN EL ART. 50 DEL
CONVENIO.

Ahora bien, las facultades del Tribunal respecto a las

medidas de reparación, o del restablecimiento de las situaciones jurídicas no parecen ser tan amplias, en principio, como las correspondientes al Comité de Ministros. Porque los poderes que al Tribunal le asigna el art. 50, en materia de reparación, se circunscriben a la eventualidad de conceder "una compensación equitativa a la parte lesionada" (24). Se trata, pues, de la facultad primordial de otorgar una indemnización. Sería ilógico pretender deducir del art. 50, tal como está redactado, una serie distinta de facultades del Tribunal, tales como la de prescribir con amplitud y directamente a los Estados, las medidas de reparación necesarias o la anulación categórica de las medidas administrativas internas.

Pese a las divergentes interpretaciones doctrinales no parece lógico admitir que el Tribunal europeo esté facultado en materias de reparación y según el art. 50 para anular leyes o actos administrativos internos. Esto equivaldría, de lo contrario, a atribuir al Tribunal el poder ordenar la

(24) El Tribunal afirmó su propia competencia para conceder una reparación equitativa a las partes lesionadas, tanto en las hipótesis en que la eliminación de las consecuencias de la lesión fuese materialmente posible pero que el Derecho interno del Estado interesado la obstaculice, como en el supuesto de que la imposibilidad de la "restitutio in integrum" se derive de la propia naturaleza de la lesión. Sentencia de 10 de marzo de 1972. Publ. Cour. Eur. D.H., As. "De Wilde, Ooms y Versys, ("Vagabundeo") (art. 50), Série A, vol. 14, pp. 9 y ss. párf. 20.

actitud y el comportamiento a seguir por parte de las autoridades internas, aun limitándolo tan solo al ámbito de la reparación (25).

El Tribunal europeo tiene, según el art. 50 que atenerse y actuar en el ámbito circunscrito de la "compensación equitativa". Claro está que el Tribunal, dentro de este ámbito, puede resolver y conceder no solo la indemnización que compense el daño material que ha sufrido, sino también la compensación pecuniaria que estime adecuada para aliviar a la víctima del perjuicio moral, e incluso, la restitución plena si fuera posible. Y por parte "perjudicada", a la que se refiere el art. 50, ha de entenderse las personas afecta-

-
- (25) "... Non essendo la Corte una giurisdizione di revisione o di cassazione rispetto alle giurisdizioni nazionali, l'equa riparazione non può consistere nell'annullamento, nella sospensione o nella modifica di un provvedimento di diritto interno, così come la Corte non può condannare gli Stati ad un obbligazione di fare o di non fare".
 Panzera, A.F.: "Il potere della Corte Europea..."
 Ob. cit. pág. 321. En igual sentido: Eissen, M.A.: "La Cour européenne des Droits de l'Homme, De la Convention au Règlement", en A.F.D.I., 1959, pp. 634 y 55.
 Vis, W., ob. cit., pág. 285, Pelloux, R., ob. cit. pág. 343.
 "It is therefore for the Party (or Parties) concerned to give effect to the judgement and should they fail to do so it would be for the Committee of Ministers to decide what action should be taken" así se expresa Robertson, A.H.: "Human Rights in Europe", Manchester 1972, pág. 211.

das por la violación cuya existencia hubiere sido confirmada por el Tribunal (26).

Es lícito pensar que la interpretación estricta del art. 50 no da cabida excesiva a las aspiraciones más generosas y más amplias que puedan abrigar las víctimas del daño o los defensores de una concepción más amplia en materia de reparación. En realidad, el Tribunal europeo no parece facultado por el art. 50 del Convenio para llegar a una actualización más avanzada y a una aplicación más amplia que posibilite la evolución progresiva de los principios generales del Derecho internacional de la materia. El art. 50 no contiene la referencia expresa que a tales principios hace el art. 26 del Convenio, con respecto al agotamiento previo de los recursos internos, aun cuando, por otra parte, esta misma condición del agotamiento de los recursos internos puede limitar, en ciertos casos, la aplicación del art. 50 respecto al examen del fondo del asunto en litigio (27).

(26) Sentencia de 10 de marzo de 1972 (art. 50) en Publ. Cour. Eur. D.H., "De Wilde, Ooms y Versyp" Série A, vol. 14, pp. 9 y ss. párf. 20.

(27) Si no se tiene en consideración la evolución de los criterios de responsabilidad se podría afirmar: "... on peut être tenté d'envisager le "dommage" comme un élément commun de toutes les formes de responsabilité internationale, et l'exposer à ce titre en tête de tous les éléments constitutifs de la responsabilité internationale, l'examen des autres éléments conduisant à une diversification des formes diverses de la responsabilité, et notamment à la distinction entre la responsabilité pour fait illicite et la responsabilité pour "risque". Reuter, P., rechaza una concepción clásica formalista, considera

Las facultades del Tribunal para conceder la "compensación equitativa" se encuentran, a su vez, limitadas por el art. 50 que establece la condición de que la "legislación interna" no permita reparar más que "de manera imperfecta" las consecuencias de la decisión o medida en conflicto con las obligaciones del Convenio.

El sistema normativo y la técnica operativa del Convenio sobre las medidas de reparación se hallan en relación directa con la diversidad de formas que puede revestir la violación de los Derechos humanos. El restablecimiento de las situaciones contrarias a los principios del Convenio, depende del carácter y naturaleza de la infracción (28).

.../...

que no pueden efectuarse construcciones doctrinales excesivamente generalizadas y abstractas. Se manifiesta a favor de la metamorfosis del papel asignado al "daño".

Ob. cit. pp. 834 y ss. En el asunto Ringeisen se señaló que "... Award of a compensation under Article 50 of the Convention is subject to the condition that the internal law does not allow reparation to be made for a violation of the European Convention on Human Rights".

Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 13, 1971-1972, pág. 27.

- (28) "The decision of the European Court of Human Rights may "if necessary" ("s'il y a lieu") become a judgment ordering performance in those cases where the internal law of the contracting Party concerned allows "only partial reparation" to be made". En el asunto Neumeister. Observations of the Austrian Government, Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 15, 1971-1974 (question of the application of art. 50 of the Convention), pág. 15.

.../...

Por ello, el Convenio procede a enunciar en su Título Primero los derechos y libertades que los Estados han de reconocer "a toda persona dependiente de su jurisdicción" (29).

El incumplimiento de las obligaciones contraídas puede desencadenar y poner en marcha, inmediatamente, salvo casos excepcionales de guerra o de peligro público, el sistema de "garantía colectiva" y la obligación de reparar. Se prevé

.../...

Observaciones del Comité de expertos, en su Informe al Comité de Ministros, 16 de marzo de 1950, CM/WP I (50) 15.

Se ha dicho que las sentencias dictadas por el Tribunal son "arrêts déclaratoires" (declaratory judgements) Vis, W.: "La réparation des violations de la Convention européenne des Droits de l'Homme", en "La protection internationale des Droits de l'Homme dans la cadre européen". Volume X des Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg París 1961, pp. 279 y ss.

- (29) "Le principe que les conséquences d'une violation d'obligations conventionnelles devraient en règle générale être effacées par le droit interne ressort également, semble-t-il d'autres dispositions de la Convention. Ainsi l'article 5 (5) ... de même l'article 13". Así lo afirma Vis, W.: ob. cit. pp. 283-284. La Parte Contratante podrá denunciar a otra por el incumplimiento "manquement" de las otras disposiciones del Convenio, además de los derechos garantizados en el Título I, tales como los arts. 25, 28, 31, 32, 57, 60, 61, 62 y 65, Recueil des Textes, pp. 108, 109, 113 y 114.

por tanto, que las violaciones de los derechos y libertades reconocidos procedan, de modo originario, de las autoridades públicas de los Estados contratantes. Como dice el Convenio, "aún cuando tal violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones". Y el art. 26, regulador del agotamiento previo de los recursos internos, se refiere implícitamente, a las autoridades administrativas y judiciales, puesto que sitúa la fuente o causa de la violación del Convenio a partir de la fecha en que se tomó la "resolución interna final" o mejor dicho, "definitiva" (30).

Y, en este sentido, el art. 50 es aún más comprensivo, porque contempla la posible violación de las "obligaciones dimanantes del presente Convenio" por causa de "una decisión adoptada o una medida tomada por una autoridad judicial o por cualquier otra autoridad de una de las Altas Partes Contratantes".

La fuente de la violación engloba, por tanto, a "cualquier autoridad" del Estado, trátase de medidas administrativas, judiciales e, incluso, legislativas. Esta es la interpretación reiterada por la Comisión y la propia jurisprudencia del Tribunal (31).

(30) Ibidem, pág. 108.

(31) El art. 6 del Proyecto de la Comisión de D.I. al referirse en el capítulo II, "El "Hecho del Estado" según el Derecho Internacional", estipula la "no pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado:
"El comportamiento de un órgano del Estado se considerará un hecho de ese Estado según el derecho inter-

Cabría razonar que el Convenio, pese al criterio afirmativo de la Comisión y del Tribunal, no se refiere de modo

.../...

nacional, tanto si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo judicial o a otro poder, como si sus funciones, tienen un carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición superior o subordinada en el marco de la organización del Estado".

En los subsiguientes artículos se regula la "Atribución al Estado de comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público (art. 7) - "Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado" (art. 8) - "Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional" (art. 9).

Véase Díez de Velasco, M.: "La pretendida responsabilidad internacional del Estado español por actos de sus autoridades administrativas en el caso "Barcelona Traction" en R.E.D.I., 1970, vol. XXIII, Núm. 2.3, pp. 433-464 especialmente pp. 457-463.

Véase Pastor Kidruejo, J.A.: "La sentencia del Tribunal de La Haya de 5 de Febrero de 1970 (Asunto de la "Barcelona Traction") y la responsabilidad internacional por actos judiciales" en R.E.D.I., 1970, vol. XXIII, Núm. 2-3 -p. 413-432.

Véase Casanovas, O.: "Abuso de Derecho, Desviación de Poder y Responsabilidad internacional" (Notas sobre la acusación de abuso de derecho y desviación de poder en el asunto de la "Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited" (Bélgica c. España)". En R.E.D.I., vol. cit. pp. 465-490.

En la que afirma que "las razones que pueden invocarse para sostener la ilicitud de actos contrarios a los principios básicos del ordenamiento nacional absolutamente imperativos (*ius cogens*), tales como la violación de esenciales derechos humanos, en casos en que los perjudicados no sean extranjeros, o los argumentos que puedan aducirse para defender la legislación de

.../...

expreso y directo a las medidas legislativas. Este razonamiento, como ya señalábamos, no solo contraviene el espíritu y la finalidad del sistema de garantía colectiva introducido por el Convenio, sino que tampoco se aviene ni está en armonía con una correcta interpretación, a sensu contrario, de diversos pasajes del mismo. Baste citar algunos artículos. El art. 8, garante del respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia, no admite injerencia alguna de la ley más que cuando "constituya una medida necesaria". Igual interpretación a sensu contrario

-le corresponde al art. 9- libertad de pensamiento, de conciencia y de religión-, al art. 10 -libertad de expresión- y al art. 11 -libertad de reunión-. Las medidas legislativas, que no sean necesarias en una sociedad democrática, pueden generar violaciones y ser susceptibles de la aplicación del sistema de protección y reparador del Convenio (32).

.../...

cualquier Estado ante Tribunales internacionales cuando dichos principios hayan sido violados (actio popularis), no son aplicables bajo ningún concepto a una diferencia del género de la existente entre Bélgica y España en el asunto de la "Barcelona Traction". Ibidem, pág. 490.

Eustathiades, C.: "La responsabilité internationale des Etats pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en Droit International", 2 vols. París..., 1936, y su curso "Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale". Nouvelles tendances en: R.C.A.D.I., vol. 84 (1953) pp. 397-633.

(32) Recueil des Textes, pp. 104-106.

El sistema de protección del Convenio requiere, además, una cierta matización especial de la violación. No basta alegar, como ya advertimos, una supuesta violación genérica, en términos abstractos e impersonales, sin conexión alguna con el ser humano. Esto equivaldría a "deshumanizar" el sistema instaurado para proteger, precisamente, "a toda persona dependiente de la jurisdicción" del Estado (33). La violación tiene que estar relacionada con los derechos del hombre, con las personas a las que se desea proteger. Y la obligación de reparar presupone la existencia de una "víctima" humana de la violación. Esta es una de las conclusiones que más claramente se derivan del art. 5 -"cualquier persona que haya sido víctima" - del art. 48- "que uno de sus nacionales alegue ser víctima"- y, del art. 50 -"La parte perjudicada"- del Convenio.

La matización humana de la violación no quiere, sin embargo, decir que la violación deba afectar, tan sólo, a una persona aislada e individualmente. Puede, por el contrario, lesionar, al mismo tiempo, a diversas personas que se encuentren en la misma situación de derecho o de hecho. La reclamación como dice el art. 25 del Convenio, puede ser formulada por "cualquier persona física, organismo no gubernamental o grupo de personas" que declaren ser víctimas de una violación" (34).

(33) Ibidem, pp. 102-103 y 112.

(34) Ibidem, pág. 108.
 Vallée, Ch., ha señalado que:
 "La Cour européenne des droits de l'homme et la Commission peuvent jouer un indiscutable rôle moteur. Leurs exhortations seront entendues si les gouvernements ont la sagesse de renoncer à des stériles réactions de mauvaise humeur et savent accueillir de tels arrêts, non comme une offense à leur souveraineté, mais comme une salutaire exhortation". En Ob. cit. pág. 15.

I I I

CONDICIONES SUSTANTIVAS DE APLICACION DEL DERECHO
DE REPARACION (Art. 50).

La atribución de la compensación equitativa está articulada en una serie de precisiones y límites derivados del sistema de la "garantía colectiva" y de manera muy específica por el art. 50 del Convenio.

El enunciado mismo del artículo nos permite deducir, directamente, las condiciones esenciales de su aplicación, con independencia de las limitaciones de índole general anteriormente expuestas y las peculiaridades procesales del sistema de la protección individual. Interesa ahora recapitular y esclarecer la normativa fundamental.

a) Requisitos esenciales.

La "satisfacción equitativa" que pudiera serle asignada a la "parte lesionada" presupone, a primera vista, las condiciones esenciales siguientes:

1. La declaración expresa del Tribunal de que la "decisión" o la "medida" de las autoridades internas impugnada por la presunta víctima, se encuentre en manifiesta oposición, enteramente o parcialmente, con las obligaciones dimanantes del Convenio.

El primer elemento que contempla el artículo 50 es la existencia de una violación y no hay razón alguna para pensar que no incide en ese supuesto el quebrantamiento del artículo 50, tema que estudiamos posteriormente (35).

(35) Recueil des Textes, pp. 103 y 112.

Sabemos ya que el primer requisito esencial para la aplicación del art. 50 es la existencia de cualquier violación de los derechos garantizados por el Convenio, imputable a las autoridades públicas del Estado demandado.

La violación puede ser causada, como advertimos, por una acción positiva, un acto administrativo, una sentencia o incluso una medida legislativa y por una omisión, imputable al Estado demandado -incumplimiento del articulado del Convenio: p.e. artículo 6.

La Comisión se ha declarado incompetente para decidir si un Estado-Parte ha infringido las obligaciones que se derivan de otros textos internacionales (36).

-
- (36) En el asunto "Marck contra Bélgica" el Tribunal europeo entendió que el art. 25 del Convenio faculta a los particulares para sostener que una ley viola por sí misma los derechos individuales aún en el caso de ausencia de un acto concreto de ejecución, si se corre el riesgo de sufrir directamente sus efectos. Los requirientes, decía el Tribunal no solicitaban el ejercicio "de un control abstracto de las normas" sino el examen de "una situación legal" que les afectaba personalmente, en Publ. Cour, Eur. D.H., Série A, n° 31, párf. 27, in fine.. Véase sobre el art. 1, Asunto de "Chipre contra Turquía" n° 8007/77, en Décisions et Rapports, 13, pp. 85 y ss. párf. 18-26. Asunto n° 6231/73 "Hess c. Gran Bretaña", en Décisions et Rapports, 2, pp. 72-73. Asuntos n° 7289/75 y 7349/76 contra Suiza, en Décisions et Rapports, 9, pp. 57-76. En cuanto al concepto de víctima véase Asunto "Klass y otros contra R.F.A.", Publ. Cour. Eur. Série A, n° 28, 1978, párrafo 33.

Teóricamente la Comisión podría examinar las infracciones que se refieran al funcionamiento del mecanismo de protección. No se ha dado todavía ningún supuesto (37).

Por su parte y en relación con las Comunidades europeas es oportuno recordar que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo se ha manifestado contrario a la aplicación de medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en las estipulaciones de los instrumentos internacionales relativos a los Derechos humanos a los que los Estados miembros hayan colaborado y sean Partes (38).

Los Estados no pueden ser demandados por actos ejercidos por órganos internacionales ubicados en su territorio.

La Comisión no aceptó la responsabilidad de la República Federal de Alemania, por las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo de restituciones con motivo de la segunda guerra mundial.

La República Federal de Alemania no fue considerada responsable de violación alguna, del Convenio por no haber adoptado posición expresa que obligase al Tribunal Supremo de

(37) Calogeropoulos, A.: Se cuestiona la eventual violación con carácter independiente del art. 1, voto particular de Sperdutti, G. Véase "Droit Humanitaire et droits de l'Homme" 1980, pp.

(38) Asunto "Stander" 29/69 - ECR, XV pág. 419.
Asunto "Internationale Handelsgesellschaft" 11/70 ECR, XVI, pág. 1.125, y asunto "Nold" 4/73-ECR, 1974, pp. 491 y ss.

Restituciones a respetar las disposiciones, porque este Tribunal Supremo era considerado como órgano internacional (39).

El Convenio, sin embargo, se refiere de modo expreso a las autoridades internas que comprometen la actuación del Estado, esto es, a la actuación de los órganos del Estado, en los artículos 13 y 50. El art. 13 garantiza el derecho a un recurso efectivo "ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales" (40).

Y el artículo 50 que confiere el derecho a la reparación de la parte lesionada, toma en cuenta los actos de "una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante".

Es pues, muy amplio el sentido de órganos del Estado, sin excluir al Poder legislativo.

La Comisión ha manifestado en su Informe en el asunto de Becker, la obligación de las Partes de conformar su legislación interna a las obligaciones que se derivan del Conve-

(39) Nos remitimos al examen efectuado sobre la competencia de la Comisión al analizar la Parte II, Protección en el ámbito internacional: C) Normas esenciales de los órganos fiscalizadores y de decisión sobre los derechos de reclamación y de reparación individuales.

(40) Recueil des Textes, pp. 105-106 y 112.
Véase "De Becker contra Bélgica", Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 4, pág. 26 in fine.

nio, adoptando las medidas necesarias a este fin: "El Convenio se impone a todas las autoridades de las Partes, comprendido el poder legislativo" (41).

El Estado signatario, en cambio, no es responsable, en virtud del Convenio, por los actos de las instituciones que aún hallándose dentro de su territorio, no dependan de su jurisdicción, o por las acciones realizadas por los individuos actuando en su capacidad privada.

2. La insuficiencia o ineficacia del Derecho interno para eliminar, de modo pleno, las consecuencias lesivas de la decisión o medida incriminada (42).

3. Motiva la decisión explícita del Tribunal de otorgar satisfacción equitativa y apropiada, a la "parte lesionada".

(41) Respecto a las demandas interestatales al respecto véase, Asunto n° 5310/71 y 5451/71 "Irlanda c. Gran Bretaña", en *Annuaire de la convention européenne D.H.*, vol. XV, pp. 92 y ss. En cuanto a las prácticas administrativas véase "Donnelly y otros c. Gran Bretaña" asunto n° 5577/72 - 5583/72 en *Annuaire...*, vol. XVI, pp. 213 y ss, especialmente pág. 260. Véase asimismo Asunto de Vagabundeo, *Publ. Cour. Eur. D.H.*, Série A, n° 14, pág. 10, párrafo 22.

(42) *Recueil des Textes*, pág. 112. Véase asuntos números 5577/72 - 5583/72 "Donnelly y otros c. Gran Bretaña" en *Annuaire...*, vol. XIX, pp. 86 y ss.

El texto del artículo 50 se refiere, de una manera clara y genérica, a la "decisión tomada", o a la "medida ordenada" por una autoridad judicial o por cualquier otra autoridad interna. Estas expresiones pudieran suscitar la duda de si la compensación procedería solo cuando se tratase de actos, de acciones, de las autoridades nacionales, quedando descartadas las "omisiones" lesivas y atribuibles a las mismas autoridades, porque la redacción del contenido del artículo 50 se circunscribe aparentemente, a la "decisión" adoptada o a la "medida" acordada (43).

El Tribunal, acorde con la tendencia internacional más generalizada, no considera aceptable la distinción, a efectos de responsabilidad, entre "actos u omisiones", y por ello cuando se trata de la imputabilidad derivada de la inobservancia del Convenio entiende que el Estado incurre en responsabilidad internacional tanto en el caso de acciones como de omisiones. No es, por ello, fácil ni suficiente atenerse tan sólo a un criterio abstracto de compatibilidad o incompatibilidad teórica de las decisiones o medidas del ordenamiento interno con los preceptos imperativos del Convenio.

Habrá que analizar, en todo litigio, las circunstancias precisas de los "casos específicos" y ponderar de modo concreto la aplicación efectiva de las disposiciones del Derecho interno a las personas lesionadas, trátase de acciones o de omisiones.

(43) Asunto "Klass y otros contra R.F.A.", Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 28, párrafos 30-38.

Puede darse, también, el supuesto de que no exista "decisión" o "medida" alguna, sino simplemente una "carencia legislativa y jurisprudencial" o, en otros términos, una laguna en el Derecho interno (44). Esta carencia o laguna no constituye, a primera vista y por sí misma, una decisión o medida determinada. Y, sin embargo, es susceptible de ocasionar, en la práctica, daños concretos a la persona afectada.

Inicialmente pudiera darse incertidumbre análoga sobre el concepto de "parte lesionada" del artículo 50. Esta noción nos viene esclarecida y debe considerarse "sinónima" de la expresión de "víctima" utilizada por el artículo 25 (45). Am-

(44) "The Court therefore accepts that an individual may, under certain conditions, claim to be the victim of a violation occasioned by the mere existence of secret measures or of legislation permitting secret measures, without having to allege that such measures were in fact applied to him. The relevant conditions are to be determined in each case according to the Convention right on rights alleged to have been infringed, the secret character of the measures objected to, and the connection between the applicant and those measures". Véase "Klass y otros c. R.F.A.", Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 28, párrafo 34.

(45) Recueil des Textes pp. 108 y 112. Respecto al concepto de víctima véase Asunto "De Becker c. Bélgica" en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 4, 1962, pág. 26 in fine. Asunto de "Vagabundeo" Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 14 pág. 10, párrafo 22. Asunto "Klass y otros c. la R.F.A.", Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 28, 1978, pp. 17-18, Asunto "Marckx c. Bélgica", Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 31, 1979, párrafo 27 in fine. Asunto "Luedicke, Belkacem y Koç c. R.F.A.", Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 29, párrafos 33-37.

Los artículos denotan la persona directamente afectada por el "acto u omisión" causante del daño. Si el elemento ilícito, la infracción, constituye la pieza esencial de la responsabilidad, el daño, elemento de hecho, constituye la condición sine qua non de la reparación. Al margen de la discutida cuestión en Derecho Internacional de si el simple ilícito, aún sin daño, genera o no la responsabilidad. La cuestión de la existencia del daño -"la parte lesionada"- presenta más interés práctico en la fase de la reparación que en la de comprometer la responsabilidad.

La noción de víctima y, por tanto del daño, está experimentando una nueva tendencia progresiva en las decisiones del Tribunal.

Hasta época reciente los particulares que aducían la violación de derechos individuales, tenían que basar la reclamación en el daño concreto, en un acto preciso y lesivo de ejecución positiva. Ultimamente es posible la reclamación aún en ausencia del acto concreto, si se corre el riesgo de sufrir directamente sus efectos. Este es el caso de la equiparación de la filiación natural a la legítima decretada por el Tribunal en 1979. Los requirientes, decía el Tribunal, no solicitaban el ejercicio "de un control abstracto de las normas", sino el examen de "una situación legal" que les afectaba personalmente (46).

(46) Asunto "Klass y otros contra R.F.A.", Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 28, párrafo 34.

Para saber si realmente había perjuicio concreto -concepto que no depende del artículo 25, que contiene la definición de "víctima"- y esclarecer si las presuntas víctimas lo eran o no en la realidad, había que estudiar el fondo de cada uno de los agravios.

De las condiciones esenciales señaladas, resalta la trascendencia especial, en la práctica jurisprudencial, de la concerniente a la reparación "imperfecta", al hecho de que la legislación interna no permita eliminar más que "de manera imperfecta" los efectos de la violación, es decir, la insuficiencia de una "reparación parcial" (47).

Cuando la reclamación individual esté bien fundada, habrá que aclarar de modo ineludible la cuestión de si el Derecho interno permite al Estado dar plena reparación al reclamante, en el sentido de abonar la compensación debida y plena.

Esta cuestión técnico-jurídica reviste singular importancia substantiva y procesal: los instantes de la reclamación tienen que aportar la prueba -como ya anticipamos- de que el Derecho interno no permite lograr la reparación plena. Naturalmente, cuando los Estados tratan de demostrar que su Derecho ofrece "recursos" susceptibles de otorgar la compensación plena, se suele suscitar la divergencia procesal, a resolver por el Tribunal, de si se da o no una de las condiciones esenciales de la aplicación del artículo 50.

(47) Panzera, A.F., Ob. cit. pp. 318 y ss.
Golsong, H., Ob. cit. pp. 93-94.

Los requirentes, además, deberán, como es lógico, haber establecido, previamente, la existencia de un perjuicio concreto que pudiera resultarles de la situación ilícita alegada. Es indispensable demostrar la alegación del perjuicio (48). El daño es, pues, necesario de hecho. El sistema protector ampara a la víctima efectiva. La responsabilidad entraña, a cargo del autor del acto lesivo, la obligación de reparar el perjuicio, que es su consecuencia. La condición de la existencia de la materialidad del daño será, tal vez, más estrictamente exigida en la hipótesis del daño material que en el supuesto del daño moral -ahí cabe satisfacer en lugar de reparar-.

b) FACULTADES DISCRECIONALES DEL TRIBUNAL.

Reunidas las condiciones sustantivas de la aplicación del artículo 50, compete al Tribunal resolver la procedencia, en el caso concreto, de asignar la "compensación equitativa" a la parte lesionada. Es decir, no basta la simple concurrencia formal de las condiciones señaladas. Es al Tribunal a quien corresponde apreciar, como dice el artículo, "si hay lugar" para ello y, por tanto, si juzga "equitativo" conceder la reparación. Se reconoce cierto poder discrecional al Tribunal, del cual ha de hacer uso en equidad, teniendo en cuenta las circunstancias del interés público o privado pro-

(48) Asunto "Ringelsen c. Austria" en Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, n° 13, pág. 61.
Asunto "Neumeister c. Austria" (art. 50) en Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, n° 15, pp. 11, 31-32, 52, 64, 75, 74, 102, 118-119, 127 y 130-131.

pios de cada asunto (49).

Las condiciones substantivas de la aplicación concreta del artículo 50 evidencian, a todas luces, que no se instituye un medio de restitución directa por el Tribunal europeo sin tener antes en cuenta el sistema de protección jurídica del Derecho interno.

Es idea general, como hemos advertido, que el Convenio confía en que los Estados cumplirán sus obligaciones de reparación voluntariamente, por medio de decisiones o medidas tomadas dentro de su jurisdicción interna (art. 53 y 54). Depende inicialmente, de la voluntariedad de los Estados para cumplir, de buena fé, sus obligaciones. Por ello, el reclamante ha de tratar y buscar la reparación, inicialmente, ante los Tribunales nacionales. Sólo cuando estos adopten disposiciones de reparación imperfecta será explicable la apelación al Tribunal europeo de Derechos Humanos. Y, si el Derecho interno no facilita la plena reparación, es cuando el artículo 50 confiere al Tribunal la facultad de otorgar la justa compensación a la parte lesionada.

El artículo 50 no estipula una competencia originaria del Tribunal en materia de reparación:

"Este artículo confirma la función del Tribunal como órgano internacional dotado de competencia para comprobar si ha habido o

(49) Asunto "Ringelsen c. Austria" en Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 13, pág. 51.

no una violación del Convenio" (49-bis).

El carácter subsidiario de la competencia del Tribunal implica que corresponde al Estado infractor ya declarado responsable por la jurisdicción europea reparar el perjuicio que se derive de la infracción para la persona o personas víctimas de ésta. El Tribunal de Estrasburgo concede a las autoridades internas un margen de apreciación para que procedan éstas a la reparación del perjuicio ilícitamente ocasionado. Conciérne al Estado infractor el determinar de qué modo va a proceder a reparar el perjuicio ocasionado; para ello, el gobierno debe proceder diligentemente a reparar en forma debida.

El gobierno responsable debe borrar las consecuencias de la actividad ilícita de cualquier autoridad interna y restablecer la situación anterior, "restitutio in integrum".

La cuestión relativa a los eventuales daños indirectos se plantea en D.I. en un momento ulterior:

(49-bis)

Golsong, H.: "Quelques reflexions à propos du pouvoir de la Cour européenne des Droits de l'Homme d'accorder une satisfaction équitable (article 50 de la Convention européenne des Droits de l'Homme) en "René Cassin Amicorum discipulorumque Liber". París 1969, Tomo I, pp. 89-94, en concreto pág. 90. Harris afirma el carácter limitado de la competencia del Tribunal en esta materia. Véase Harris, D.J.: "Recent cases on pre-trial detention and delay in criminal proceedings in the European Court of Human Rights", en B.Y.L.B.L., 1970, XLIV, pp.87-109, en concreto, pp. 105-108.

"une fois l'Etat déclaré responsable, que sa responsabilité ait été proclamée à raison d'une faute ou seulement d'une raison d'une infraction à la règle internationale" (50).

Si se trata de los daños ocasionados a raíz de decisiones judiciales, el Estado responsable tiene que proclamar su nulidad o eliminar sus consecuencias lesivas.

"l'obligation de pourvoir, par les voies de droit interne appropriées à l'annulation des actes contraires à son devoir de protection judiciaire ou tout à moins des effets que la loi interne y attache. En particulier, il y aurait lieu pour lui de déclarer non avenues les sentences rendues par les tribunaux internes contrairement à ses obligations internationales ou d'abolir les conséquences juridiques qui en découlent" (51).

(50) Hauriou, "Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux", en R.G.D.I.P. Duxieme Série, Tomo VI, pág. 208.

(51) De Visscher, Ch.: "Le déni de justice en droit international" en R.C.A.D.I., 1935, II, pág. 436. Se invocaba la obligación del Estado español en la memoria belga en el asunto de la "Barcelona Traction Light and Power Company", Véase memoire du Gouvernement belge, párf. 373, pág. 183. Véase asimismo Annuaire de l'I.D.I., 1927, t. III, pp. 332-334.

La reparación directa de la violación originada por la denegación de justicia debería ser la "restitutio in integrum" siempre que ésta fuere posible. En este supuesto, la insuficiencia o incapacidad del derecho interno para conceder la reparación debida al recurrente, como sería el caso en que el proceso se prolongase indebidamente excediendo el plazo razonable, la propia naturaleza de la infracción del art. 6 (1) del Convenio impide que el recurrente perciba la "restitutio in integrum" y por tanto sólo le queda la posibilidad de solicitar una demanda de reparación. Pero aunque hubiese podido presentar la reclamación ante un tribunal interno el Tribunal europeo no tiene la obligación de rechazar la demanda que le fuere presentada al respecto. Así lo expreso en los considerandos de su sentencia de 10 de marzo de 1972 (52).

Esta sanción directa de la denegación de justicia la encontramos habitualmente en la práctica internacional, prevista directamente en los compromisos arbitrales entre las Partes o impuesta por los jueces arbitrales (asunto Martino).

De Visscher observa cómo al proclamarse la nulidad de la obligación de pago impuesta injustamente en el asunto citado, el Tribunal arbitral subraya la ilicitud del acto y por consiguiente la aplicación del principio conforme al cual las consecuencias del acto ilícito debían de ser eliminadas (53).

(52) Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 14, pp. 8-9, y paráf. 16 y 20 pág. 10. Invocado en el Asunto Kóning, sentencia de 10 de marzo de 1980, paráf. 15.

(53) De Visscher, Ch., ob. cit. pág. 436, nota 3.

La delegación que el Tribunal de Estrasburgo efectúa en las autoridades internas responsables de la reparación no es discrecional sino que le es impuesta por el propio contenido del art. 50, que supedita la actuación reparatoria y la competencia del Tribunal a la insuficiencia o inexistencia de vías reparatorias internas; de hecho, se recorta considerablemente la posibilidad de actuación del Tribunal, ya que su poder decisorio solo podrá operar cuando:

"the internal law of the said Party allows only partial reparation to be made for the consequences of this decision or measure...".

"... si le droit de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure..." (54).

Junto a la limitación impuesta y que se deriva del propio texto del art. 50, existe otra evidente limitación in dependiente de la anterior y que se refiere a la ausencia de una jurisdicción obligatoria en el Convenio.

La actuación reparatoria del Tribunal vendrá también supeditada a la aceptación de la cláusula facultativa que re corta nuevamente su actuación debido a la posible aceptación de su jurisdicción a condición de reciprocidad.

En cualquier caso y a pesar de la cláusula opcional

(54) Recueil des Textes, pág. 112.

del art. 46, el Tribunal tiene competencia para interpretar sus propias facultades reparatorias conforme al principio de "compétence de compétence". En este sentido se manifiesta la práctica internacional y como afirma Shihata limita en alguna manera la voluntad de los Estados, ya que puede ejercer del modo más amplio posible la facultad que le confiere el art. 50. El carácter subsidiario de sus facultades ha justificado y obligado al Tribunal a interpretar el ejercicio de su capacidad reparatoria, conforme al principio de "compétence de compétence" en el sentido de que ha entendido su capacidad para decidir la cuestión de la reparación en sentencia separada a la relativa al fondo en la que declara la infracción del Convenio. Tiene discrecionalidad para reservar el derecho del recurrente a obtener la reparación, confiriéndole un derecho de acción directo y eximiéndole de los presupuestos procesales ordinarios (55).

-
- (55) Shihata afirma "If despite this autonomy (autonomy of the will of the parties) the tribunal can exercise the power to determine its jurisdiction, the same should apply a fortiori to the more institutionalized international courts where the role of the will of the parties is less prevalent. This logical deduction is affirmed by the verification of practice". Esta comparación es válida para la extensión de la competencia de los tribunales ya fueran tribunales arbitrales ad hoc o con carácter permanente, ya que ningún tribunal internacional con jurisdicción permanente se configuró sin esta facultad. En este sentido se inspira el Tribunal centroamericano de Justicia, creado en 1907, el T.P.J. de 1920 el T.I.J., de 1945 el Tribunal Administrativo de O.I.T. de 1946, el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas de 1949 y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No sería válido para el Tribunal de Justicia de la C.E.E. por tratarse de una jurisdicción única.
Véase Shihata, I.: "The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de

El art. 50, en la práctica, faculta primordialmente al Tribunal para declarar la violación. El Tribunal debe proceder a verificar si la decisión interna impugnada es o no contraria al Convenio. Ya que en este supuesto la parte lesionada no podrá emprender con éxito acción alguna en el ámbito in terno que le ofrezca el resarcimiento que le garantiza el art. 50.

Si la legislación interna es la que contraviene al Convenio el Estado procede habitualmente a demorar su actuación hasta la interposición de la denuncia internacional e incluso espera a que se le declare su responsabilidad, previamente a disponerse a modificar debidamente su legislación interna para adecuarla al Convenio.

Por consiguiente el Tribunal ve supeditada su capacidad reparatoria, en tanto que su actuación es subsidiaria o en defecto de la actuación de las autoridades internas.

Creemos que su actuación reparatoria se transforma en principal únicamente en aquellos supuestos en que las autori-

.../...

la compétence". La Haya 1965, pp. 30-31. Véase asimismo Goldman, B.: "Human Rights Tribunals" en Union International des Avocats. París 1958, pp. 73-93. El arbitro en el asunto "Walfish Bay Boundary" declaró: "It is a constant of public international law that the arbitrator has power to settle questions as to his own competence by interpreting the range of the agreement submitting to his decision the question in dispute" en U.N., Report of International Arbitration Awards, 19, II, pp. 263 y ss.

.../...

dades internas procedan a invocar directamente el Convenio europeo y hayan constatado su violación. Las víctimas de la infracción podrán solicitar al Tribunal la reparación iniciando una acción directamente para ser resarcidas, si bien deberá tramitarse a través de la Comisión.

La actuación del Tribunal deberá guiarse por el deber primordial que tiene de velar por los intereses del individuo y conferirle la reparación en equidad.

Si el art. 50 puede utilizarse de conformidad con la motivación de la sentencia en el asunto Lawless para subrayar los intereses del individuo, que no pueden ser ignorados por el Tribunal, a pesar de la falta de "locus standi formal del mismo ante el Tribunal, conforme al art. 44 del Convenio (56),

.../...

Véase Vegleris, Ph.: "Modes de Redressement des violations de la Convention européenne, des droits de l'Homme - Esquisse d'une classification" en ob. cit. pág. 378.

Visscher, Ch.: "L'Equité dans la détermination et l'évaluation des dommages" en su obra "De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de Droit International Public" París, 1972, pág. 59.

- (56) Véase la Sentencia de 14 de Noviembre de 1960, "Exceptions préliminaires et questions de procédure" en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 1, pág. 15. y Recueil des Textes, pág.

no parece razonable que la reparación equitativa no se conceda en proporción directa con la naturaleza y duración de la violación declarada. Esta facultad para conceder una indemnización no parece reparar de forma equitativa el perjuicio de la víctima.

Es cierto que la aplicación de los criterios equitativos no puede ser resuelta sin dificultades.

En los compromisos arbitrales el compromiso, fijaba las reglas que debían de presidir la reparación de los daños sufridos, pero, como señala la profesora Bastide:

"en précisant que l'indemnisation est octroyée ex gratia et no en application des règles du droit international. Le pouvoir de l'arbitre est ainsi limité, mais les Etats manquent leur volonté de ne pas voir utiliser les règles du compromis comme précédent pour la formation d'une coutume générale en matière de responsabilité" (57).

El T.P.J.I. se dió perfecta cuenta en el Asunto de la Fábrica de Chorzów de la gran dificultad que se presenta para determinar la reparación mediante una indemnización que sea conforme a los principios de equidad (58).

(57) Bastide, S.: "L'arbitrage international" en *Iuris classer* de D.I. fasc. 245-249, 1961, pág. 51. El art. 2 de la convención celebrada entre Francia y Méjico de 1924, en Rec. N.U., t. V, pág. 314. "Special claims Commission affaire des réclamations Santa Isabel de 26 abril 1926, en Rec. N.U. t. IV.

(58) C.P.J.I, Série A, n° 17, pág. 47.

C) EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE REPARACION: CONEXION
PROCESAL DE LA REPARACION CON LA VIOLACION.

Las demandas individuales de reparación por causa de violación del Convenio han dado ocasión a los Estados y a la Comisión, al Tribunal y a la doctrina de desarrollar sus concepciones respectivas sobre la aplicación del derecho de reparación regulado por el art. 50. El estudio de estos razonamientos, criterios y decisiones nos permite comprender mejor la interpretación técnico-pragmática del artículo 50, y hacernos cargo de la tendencia técnica y progresiva que sobre la materia es legítimo sostener en materia de reparación (59).

Ciertos Estados han sostenido que las sentencias del Tribunal tienen carácter declarativo y pueden, "si hay lugar para ello" o "si es necesario", contener la decisión que ordene la prestación compensatoria, cuando el Derecho interno no posibilite la eliminación completa de los efectos de la violación. Conforme a este criterio, la declaración de la violación y la concesión eventual de una compensación debieran de ser objeto de un solo procedimiento y de una sola decisión. Se pretende llegar a esa conclusión, relacionando el artículo 50 con los artículos 47 y 48 del Convenio, que definen los re-

(59) Bollecker-Stern, B.: "Le préjudice dans la théorie de la Responsabilité Internationale". París 1973, pp. 17 y ss.
Asunto "Marckx c. Bélgica", en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 31, 1979, párf. 68.
Asunto "Tyrer c. Gran Bretaña", en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 26, párrafos 44-45.
Asunto "Irlanda c. Gran Bretaña", en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 25, párf. 44-45.

quisitos de la apelación al Tribunal (60). De esta forma, se ha llegado a afirmar que el artículo 50 y el Reglamento del Tribunal no preveían un procedimiento especial, separado y distinto del fondo del asunto, para la decisión relativa a un derecho eventual de reparación.

Cuando la primera sentencia declarativa de la infracción que puede, a su vez, ordenar la compensación debida no lo hace así, debiera entenderse que ha clausurado definitivamente la instancia procesal. Esta concepción estatal tiene consecuencias importantes que analizamos pronto y obedece al hecho de que el Tribunal en varias sentencias declarativas de la existencia de una violación no toma posición definitiva sobre la determinación concreta de la indemnización posible, sino que simplemente reserva a los requirentes el derecho eventual de pedir una compensación. Se ha razonado, asimismo, que este derecho reservado a los reclamantes no debiera ser invocado ante el Tribunal europeo, sino ante las autoridades internas, porque según el artículo 48 sólo la Comisión y los Estados gozan de la condición de partes y pueden formularle demandas (61).

-
- (60) Asunto "Irlanda c. Gran Bretaña", en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 25, párrfs. 244-246.
 Recueil des Textes, pág. 112.
 Asunto "Engel y otros c. Países Bajos" en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 22, 1976, párrfs. 109-111.
 Asunto "Sunday Times c. Gran Bretaña", en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 30, 1979, párrafos 76-78.
- (61) Recueil des Textes, pág. 112.
 Asunto de "Vagabundeo" en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, 1971, párrafos 47-62. Asunto "Ringelsen c. Austria", en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 13, 1971, párrafos 85-93.

Hemos indicado que el Tribunal no comparte el criterio estatal de que la declaración de violación y la concesión de compensación constituyan un solo procedimiento que debiera de reflejarse en una sola sentencia.

El artículo 50 dispone, en efecto, que en caso de confirmarse la violación del Convenio, el Tribunal tiene derecho, en ciertas condiciones, a conceder reparación. Esta cláusula puede entenderse, inicialmente, en sentido distinto del criterio estatal indicado. El Tribunal puede examinar y enjuiciar la cuestión de la reparación en relación directa con la de la violación del Convenio. Naturalmente, cabe pensar que el Tribunal se pronuncia en la sentencia condenatoria tan sólo sobre una de las cuestiones debatidas, la violación, dejando abierto el tema de la posible y ulterior reparación.

A estas sentencias se las ha calificado de no globales, de relativas y no definitivas del Tribunal y que pudieran incluso, revestir la forma exterior de una tal sentencia relativa y parcial. Se ha invocado, en este sentido el asunto Lawless. De lo contrario, se trataría, razonablemente, de sentencias definitivas (62).

Sin embargo, el carácter definitivo de una sentencia no se altera por el mero hecho de que su dispositivo reserve

(62) Pahr, W., afirmaba en la audiencia pública de 1972 "En l'espèce, au contraire, nous sommes en présence d'un arrêt final, d'une procédure close, et il ne correspond nullement aux termes ni au sens de l'article 50 de séparer de la question principale la question des réparations". En Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 13, 1972-1972, pág. 50.

al requirente el derecho de pedir reparación. Se podría llegar a decir que esta precisión en la sentencia es, en sí misma, innecesaria o superflua, porque es natural que el requirente se encuentre facultado para reclamar reparación cuando se le reconoce la existencia de una violación de su derecho.

Las sentencias del Tribunal tienen, además, y en principio, el carácter de definitivas, salvo voluntad expresa contraria. El carácter definitivo da a entender y significa que el procedimiento en cuestión ha quedado concluso, cerrado, terminado. Por eso, la eventualidad de separar la determinación de la reparación, salvando eventualmente este derecho de la cuestión principal de la violación, es una de las hipótesis interpretativas que el Tribunal estima en buena correspondencia con los términos del artículo 50 (63).

-
- (63) Panzera, A.F.: "Il potere della corte Europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa" en *Rivista di Diritto Europeo* Ottobre-Dicembre 1974, Año XIV, n° 4 pp. 317-325, aquí pág. 318.
- Golsong, H.: "Quelques reflexions à propos du pouvoir de la Cour européenne des Droits de l'Homme d'accorder une satisfaction équitable" (article 50 de la C.E.D.H.) en "René Cassin Amicorum discipulorumque Liber" tomo I, París 1969, pp. 89-94, aquí pág. 90 y 94.
- Art. 54 párrafo 2: Se modifica el final del citado párrafo: "Elle est déposée auprès du Greffe, avec ses annexes, en quarante exemplaires."
- El párrafo 3: Comunicada la demanda por el Secretario y les invita a presentar "en quarante exemplaires" las observaciones. Véase, *Annuaire*, vol. XVI, pp. 3-5, textos modificados el 18 de Nov. 1972 respecto Reglamento anterior. Véase *Annuaire*, vol. II, pp. 3-45, vol. IV, pp. 3-13, vol. VII, p. 3, vol. VIII, p. 7, vol. IX pp. 3-5, vol. XI, p. 3, vol. XII pp. 21-23, vol. XIII, pp. 7-11, vol. XIV, pp. 7-15.

Reconocida la infracción, el planteamiento de la reparación ante el Tribunal sin observar un nuevo proceso ante la Comisión, como suele ocurrir normalmente con las reclamaciones reguladas por el Convenio, es una interpretación equitativa de la aplicación del artículo 50, aunque los Estados no la enjuicien como muy acorde con el sistema general de la protección instaurada.

La invocación equitativa del Tribunal puede no estar en armonía plena con la apariencia lógica del criterio estatal: si, en principio una sentencia definitiva pone fin al procedimiento, el Tribunal no debiera de estar facultado para reabrir de oficio aquél, y volver a averiguar la oportunidad y procedencia de conceder una compensación equitativa al requirente.

Pese a todo, la supuesta apariencia lógica es menos jurídica que las exigencias equitativas de la protección debida a la persona humana.

Las disposiciones del artículo 50 del Convenio relativas a la facultad del Tribunal de conceder una reparación han sido perfeccionadas y ampliadas por las modificaciones de su propio Reglamento Interno (Artículos 47 bis, artículo 50, en su párrafo 3, que fueron añadidos al Reglamento el 8 de Noviembre de 1972 y el 23 de Abril de 1977 respecto del artículo 50). En efecto, hoy en día existe la posibilidad de presentar al Tribunal la cuestión de la reparación durante el procedimiento, es decir, con posterioridad a la presentación de la demanda, es decir, tanto en el procedimiento escrito como durante la celebración de la vista oral. Se faculta para presentar estas cuestiones de reclamación sobre la reparación, a la Comisión o a una Parte-Contratante.

El Tribunal podrá requerir, de los sujetos capacitados para presentar la reclamación, todas las observaciones que considere necesarias para aclarar su postura antes de declararse sobre la cuestión (64).

Y es innovador, en sumo grado, el hecho de que la presentación de la reclamación de reparación no es imprescindible para la concesión de la reparación a la víctima, ya que el Tribunal puede concederla "ex officio". Para ello, procederá a requerir a la Parte-Contratante o a la Comisión que presenten la reclamación reparatoria dentro de un plazo estipulado (65).

-
- (64) Modificación del Reglamento interno del Tribunal europeo aprobada en su 24ava. sesión plenaria. Las modificaciones son las siguientes:
 Primer artículo modificado: Art. 53 (Demanda de interpretación de una sentencia): queda redactado del siguiente modo el segundo párrafo:
 La demanda indica con precisión el punto o los puntos de la parte dispositiva de la sentencia cuya interpretación se solicita. "Elle est déposée auprès du greffe en quarante exemplaires".
 Párrafo tercero:
 "El Secretario del Tribunal comunica a la otra Parte o a la Comisión llegado el caso, y les invita a presentar "en quarante exemplaires" sus eventuales observaciones escritas en el plazo fijado por la Sala".
- (65) Se estipula la Facultad del Tribunal de decidir en la misma sentencia relativa al fondo, así como en un momento posterior si considera que no se halla en estado de decidir sobre la aplicación del art. 50. Pudiendo adoptar si lo estima conveniente una decisión parcial en relación con la reparación reservándose el resto de las reclamaciones reparatorias para su decisión ulterior.
 Véase Panzera, A.F., Ob. cit. pp. 319-320.

d) EL CONTENIDO DE LA REPARACION: LA RESTITUTIO IN INTEGRUM Y LA REPARACION POR EQUIVALENCIA.

El incumplimiento de las condiciones de aplicación del artículo 50, ha originado múltiples debates y diversas cuestiones de alcance teórico-práctico.

1. La definición del contenido que ha de tener la noción de la reparación plena. Se puede pensar que el artículo 50 es la única norma del Convenio que se refiere al contenido de la decisión del Tribunal. La hipotética plenitud de la compensación es un valor muy polémico. Desde luego, el art. 50 permite obtener, en caso de violación, la reparación plena. Pero no señala los criterios positivos determinantes. Se preceptúa, en forma negativa, que la compensación que otorgue el Estado no ha de ser parcial, ni anular tan solo de "modo imperfecto" los efectos o consecuencias perjudiciales del acto u omisión ilícitos de las autoridades internas.

La ventaja de esta imprecisión natural de los criterios determinantes del contenido de la reparación consiste en atribuir al Tribunal un amplio margen de decisión según sean las circunstancias específicas que concurran en la demanda de reclamación. La solución del problema se confía al Tribunal conforme a los principios y normas generales de la Jurisprudencia internacional.

2. La naturaleza del daño puede ser enunciada de modo genérico y ello no excluye la procedencia y validez jurídica de la reclamación: trátase de situaciones que puedan ser restauradas y restablecidas, in integrum o que la resti-

titución plena resulte imposible en virtud de la misma naturaleza de la infracción (66).

3. En principio la reclamación o las demandas de indemnización han de ser formuladas, en primer lugar, ante las autoridades internas, aunque el Tribunal europeo haya reconocido o comprobado la existencia de la violación del Convenio (67).

En las cuestiones de principio indicadas no suele haber siempre acuerdo doctrinal o de criterio claro entre los jueces intervinientes en las sentencias. Estas cuestiones suscitan, por el contrario, diversas "opiniones separadas" o "votos particulares", coincidentes unas y discrepantes otras con la substancia y motivación jurídica de la decisión, al interpretar el sentido y alcance del artículo 50.

En más de una ocasión los jueces subscriben la sentencia, pero no comparten sus motivos sobre la interpretación del artículo 50. En este sentido es muy ilustrativa la divergencia en el seno del Tribunal cuando se trata de la supuesta

(66) T.P.J.I. Asunto de la Fábrica de Chorzow, en C.P.J.I. Série A, n° 17, pág. 17.
 Pelloux, R., Ob. cit. pp. 397-404.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Asunto de "Vagabundeo". Sentencia de 10 de marzo 1972 (art. 50), Série A, vol. 14, pp. 9 y ss., párrafo 20.

(67) Eissen, M.A., Ob. cit. pp. 634 y ss.
 Vis, W., Ob. cit. pág. 284.
 Pelloux R., Ob. cit., pág. 343 y Robertson, A.H., Ob. cit. pág. 211.

primacía procesal del sistema interno de reparación (68).

El sistema de reparación del Convenio comprende también la hipótesis de que la imposibilidad de la restitutio in integrum resulte de la "naturaleza misma de la lesión. Esta idea es compartida, en principio, por la Comisión y por el Tribunal. En ambos casos procede la "compensación equitativa" que las personas lesionadas no hubieran podido obtener del Gobierno del Estado interesado. Ningún sistema jurídico nacional podría "borrar las consecuencias del hecho, por ejemplo, de que los requirentes no dispongan de un recurso interno que declare, sobre la legalidad de su detención (69).

La circunstancia de que los requirentes pudieran presentar sus demandas de indemnización ante una jurisdicción nacional no obliga al Tribunal europeo a rechazar dichas demandas por falta de fundamento, como, tampoco, ello es causa suficiente que oponga un obstáculo radical a la admisibilidad de la reclamación (70).

(68) Véase Voto Particular del Juez Mosler en la sentencia de 10 de marzo de 1972 (art. 50), Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, vol. 14, pág. 20, en relación con la Facultad del Tribunal de imponer límites al Estado para el cumplimiento de su obligación de reparar.

(69) Asunto "Ringelsen c. Austria", en Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 13, 1971-1972, pág. 27.

(70) Recueil des Textes, pp. 112.

a) Hemos señalado que la aplicación del artículo 50 está sometida a una condición básica y primordial: que el Derecho interno no posibilite la anulación, "más que de manera imperfecta", de los efectos de la decisión o medida generadora de la infracción. Se trata, pues, de precisar si el Derecho interno permite o no al Estado garantizar la plena reparación, o sea, indemnizar integralmente a los requirientes lo que reclaman, suponiendo que su demanda esté bien fundada.

b) No es posible sostener siempre que el artículo 50 es invocable tanto en el supuesto de que la imposibilidad de la plena reparación resulte del Derecho nacional del Estado infractor, como en el caso de que la imposibilidad de la "restitutio in integrum" derive de la "naturaleza misma de la lesión". Este segundo supuesto tiene, a veces, un valor relativo, porque en la práctica puede oponerse a ese criterio la aplicación de la máxima clásica "ad impossibilia nemo tenetur". Es el caso, por ejemplo, del período de tiempo de privación de libertad que puedan haber sufrido los requirientes. Equivaldría a decir que el Estado tiene la obligación absoluta de devolver a los requirientes el período de libertad del que se les había privado (71).

(71) Sentencia de 6 de noviembre de 1980, en Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, vol. 39, pp. 39-41 (párrafos 105-111) y pp. 41-42, párrafos 112-114. Primer informe presentado a la Comisión de Derecho Internacional, "Anuario de la C.D.I." 1956, vol. II, pág. 206. Visscher, Ch. de, comentando la jurisprudencia el profesor califica de directa aquella reparación que consiste en el restablecimiento de la situación an-

En realidad, es discutible que las dos situaciones se ñaladas sean análogas, de modo absoluto:

.../...

terior al acto ilícito, denomina "indirecta" a la reparación que consiste en el pago de una indemniza ción.

En "La responsabilité des Etats" en "Bibliotheca Visseriana", t. II Leiden 1924, pp. 118 y ss.

La jurisprudencia internacional advierte con frecuencia la distinción entre las dos (Art. XX de la Convención de 8 de septiembre de 1923 que creó la Comisión General de Reclamaciones (Méjico-U.S.A.):

"Puede decidir conforme al D.I., la justicia y la equidad requieren que una propiedad o derecho sea res tituído al reclamante además de la cantidad que se le adjudique en cualquiera de tales casos por toda la pérdida o daño sufrido antes de la restitución". El art. 9 de la Convención manifiesta su preferencia por este tipo de reparación.

En la sentencia del T.P.J.I. en el asunto de las Fábricas de Chorzow, al determinarse la reparación por la expropiación ilícita, el Tribunal declaró:

"Le principe essentiel qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble le dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux internationaux est que la réparation doit autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite, et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature ou si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature allocation, s'il y a lieu de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature, ou le paiement qui en prend la place, tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international".

En C.P.J.I., Série A, n°17, pp. 47 y ss.

Véase también Kaufmann: "Droit international de la paix" en R.C.A.D.I., 1935, t. IV, pp. 468 y ss., en que se

.../...

a) Cuando la "naturaleza de la lesión" permite anular por entero los efectos de la violación.

b) Cuando la naturaleza misma de la lesión impide la "restitutio in integrum".

El Tribunal entiende que el artículo 50 es aplicable

.../...

pronuncia a favor de que la justicia compensatoria, exige en primer lugar la restitución en especie, una sustitución en la situación anterior o un restablecimiento del enriquecimiento indebido y de ser imposible o inadecuado a la situación la indemnización pecuniaria deberá restablecer la igualdad.

Véase asimismo, Salvioli, G.: "La responsabilité des Etats et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux" en R.C.A.D.I., vol. 28, 1929, pp. 231-289.

Scott, J.B.: "The Hague Court Reports" Second series, Nueva York, 1932, pág. 73.

Guggenheim, P.: Ob. cit. pp. 134-239.

Eagleton, C.: "Measures of damages in international law" en "Yale Law Journal", 1929, pág. 53.

Aguilar Navarro, M.: "La responsabilidad internacional" en R.E.D.I., 1956, pp. 492-578.

Amerasinghe, Ch. F.: "State responsibility for injuries to aliens", Londres 1967, pp. 3, 47-48, 55-58, 60-62, 64, 67, 121, 189, 192 y ss.

Bernard, M.: "La responsabilidad internacional del Estado y la "restitutio in integrum", forma ideal de cumplir la obligación de reparar en Derecho internacional general", Zaragoza, 1972. Y el resumen de la tesis doctoral: "La Restitutio in integrum en la práctica y en la Jurisprudencia internacionales" en Anuario, I.H.L.A.D.I. 4, pág. 261-284.

a las dos situaciones hipotéticas indicadas y que, en ambos casos, podría, en principio, acordar la asignación de una compensación equitativa. Y justamente en este punto procede hacer una matización especial. Parece cierto que el Tribunal tiene facultades decisorias en los dos casos, pero también se puede afirmar que en cada uno de ellos su competencia depende, naturalmente, del hecho de que el Derecho interno no permita una reparación plena. Porque, a veces, no se pueden prácticamente "anular por entero" las consecuencias de la violación, y para ello existe la reparación por equivalencia (72).

Por otra parte, se ha podido insinuar que la interpretación jurisprudencial del artículo 50 no se armoniza plenamente con las demás disposiciones y los principios generales inherentes al Convenio en materia de las obligaciones que genera. En este sentido, habría que tener en cuenta concretamente la interrelación existente entre el artículo 50 y los artículos 5, 13 y 54 del Convenio (73).

El artículo 5, párrafo 5, dispone, como sabemos, que "la persona víctima de arresto o detención en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tiene derecho a

(72) La reparación por equivalencia es la más usual en la aplicación del art. 50 por el Tribunal. Este aspecto es objeto de ulterior examen en Parte Quinta. Ago, R.: "Lé délit international" en R.C.A.D.I., vol. 68, 1939, pág. 504. Sánchez Rodríguez, L.I.: "El hecho internacional (III)", lecc. 18 del curso de Derecho Internacional Público (González Campos, J.D. y Sánchez Rodríguez, L.I.), Oviedo 1980, pp. 488-489 y Bernard, M., ob. cit. pág. 267.

(73) Recueil des Textes, pp. 103-106 y 112.

reparación". Ahora bien, este derecho lleva implícito el deber de la parte lesionada de tratar de conseguir, en primer término, la reparación cerca de los tribunales del Estado que haya cometido la violación.

Asimismo, el artículo 13 dispone con carácter general: "La persona cuyos derechos y libertades reconocidas en el presente Convenio han sido violados tiene derecho a disponer de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuasen en el ejercicio de sus funciones oficiales" (74).

La gama de efectos posibles del artículo 50 es muy amplia, a diferencia de las disposiciones reparatorias arbitrales. Los tratados de arbitraje concebían la reparación singularmente como indemnización pecuniaria.

Ciertamente, el artículo 50 puede producir la concesión de una indemnización de carácter pecuniario, pero el Tribunal tiene facultad también de conceder otro tipo de reparaciones. El Estado infractor puede verse obligado a adoptar medidas reparatorias que impliquen la anulación de los actos administrativos y de las disposiciones internas restrictivas de la libertad; la derogación de cualquier ley interna que contraviniera un derecho fundamental protegido en el Título I del Convenio; la enmienda de una ley interna que fuese contraria a un derecho o libertad fundamental del individuo; la revisión de una sentencia penal dictada con menosprecio de las libertades fundamentales.

(74) Ibidem, pp. 104 y 105-106.

Estos efectos reparatorios son propios de la sentencia del Tribunal y no se identifican con las reparaciones que el Estado demandado conceda al particular durante el procedimiento previo al fallo del pronunciamiento definitivo del Tribunal o a la aprobación del informe de la Comisión.

e) LA BUENA FE DEL ESTADO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA REPARACION EXIGIBLE.

Relacionando los citados artículos no parece muy razonable pensar que el artículo 50 haya establecido "una vía de recurso paralela" al reenvío a los recursos nacionales de los artículos 5 y 13, permitiéndose el derecho de dirigirse, sin más, directamente al Tribunal (75).

Es bien manifiesto, asimismo, que los Estados no solo tienen que atenerse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte, sino que las sentencias son transmitidas al Comité de Ministros que vigila su ejecución (76).

La idea general que subyace en los referidos artículos, en relación inevitable con el artículo 50, es que el Convenio se basa y confía en el debido comportamiento de los Es-

(75) Ibidem, pp. 104-106.

(76) Modinos, P.: "Les pouvoirs de décision conférés au Comité de Ministres du Conseil de l'Europe par l'article 32 de la Convention européenne des droits de l'homme", en Melanges Rolin, H., París 1964, pp. 196-216.

tados para que pongan en práctica, voluntariamente, en sus ordenes internos -merced a medidas o decisiones concretas- las obligaciones dimanantes del propio Convenio. Precisamente por la confianza en que los Estados se muestren dispuestos a cumplir de buena fe sus compromisos se explica que el Convenio exija, por regla general, que la parte que se estima lesionada trate de obtener, en primer lugar, la reparación cerca de sus tribunales nacionales y no, en primerísimo lugar, ante el Tribunal europeo de los Derechos Humanos. Salvo, claro está, cuando el Derecho interno del Estado no facilite la garantía de la "reparación completa". Es entonces cuando procede la aplicación del artículo 50, que faculta al Tribunal para conceder la "compensación equitativa" a la parte lesionada.

Por parte lesionada se entienden, según comentamos, las eventuales víctimas, que podrán ser los individuos, pero puede ocurrir que la cuestión de la reparación se plantee así mismo ante el Tribunal en el curso de un procedimiento que no se ha iniciado en virtud de una reclamación individual presentada en base al artículo 25, ya que podría suscitarse a raíz de una reclamación presentada por cualquier Estado Parte.

Pero la teleología del artículo 50 prevee, ante todo, la "reparación directa" de la persona humana (77).

(77) El artículo 31 del Convenio de Viena en la Sección 3 del mismo relativa a la interpretación de los Tratados estipula: 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además, del texto, incluidos su preámbulo y anexos. Significado del artículo 50 dentro de la economía del Convenio encuentra su justificación en conexión directa con el ejercicio del derecho de recurso individual previsto en el artículo 25.

I V

FASES TECNICO-PROCESALES DEL EJERCICIO DEL DERECHO
DE REPARACION.

1. La demanda de indemnización no introduce un liti-
gio nuevo y distinto del habido sobre la violación
del Convenio.

1. Hemos visto que la cuestión del agotamiento de los recursos internos (artículo 26) se plantea, esencialmente, en relación con el artículo 50, tanto en lo que concierne a la "admisibilidad" de la demanda como en lo que se refiere al "buen fundamento" de la petición de indemnización de los requirentes.

En realidad, la cuestión del agotamiento afecta, pues, a la interpretación y a la aplicación de dos importantes disposiciones del Convenio, artículos 26 y 50 (78).

Teórica y prácticamente, no cabe duda alguna sobre la aplicación de la regla del art. 26 a cualquier demanda que se formule ante la Comisión, la cual "no podrá ser requerida más que después del agotamiento de los recursos internos". Cuando se suscita la duda es en el instante en que se discute la petición de indemnización. Por ello, procede referirse ahora a la regla del agotamiento única y exclusivamente en función de la demanda de reparación -como antes lo hicimos en razón de la admisión de las demandas-. Se puede pensar que, una vez reconocida la violación del Convenio, no debiera de invocarse de

(78) Recueil des textes, 108 y 112.

nuevo la regla del art. 26 para dilucidar la procedencia e importancia de la demanda de indemnización.

Una vez que se ha tratado el tema del agotamiento en el procedimiento inicial de la admisión de la demanda y recaída sentencia afirmativa de la violación del Convenio, no parecería lógico exigir, otra vez, el agotamiento previo de los recursos cuando se procede al examen de la aplicación del art. 50, en relación con la reparación solicitada.

Conceptualmente, la demanda de indemnización, después de reconocida la violación, no tiene por objeto introducir un litigio nuevo. La indemnización concierne al mismo asunto que motivó la sentencia declarativa de la violación. Ahora bien, se podría pensar, en el ámbito teórico, que la petición de indemnización es distinta por su naturaleza de la demanda sobre violación. Se podría llegar a sostener incluso que la petición de reparación constituye procesalmente una "demanda nueva". Si esta demanda fuera distinta por su naturaleza y diferente por su procedimiento resultaría comprensible que se le aplicase, como a cualquier demanda, la regla del agotamiento del art. 26. Este ha sido el parecer de ciertos Estados que consideran que la demanda de indemnización tiene un "objeto" diferente del contenido del procedimiento que versó sobre la infracción. Hasta entonces se perseguía únicamente examinar si existía o no una violación del Convenio y, por el contrario, la petición de indemnización sería algo distinto. Se trataría de otra cosa: de saber -admitida la infracción- si hay lugar o no, si procede o no, conceder una compensación equitativa a los requirentes en forma de indemnización (79).

(79) Asunto "Ringeisen c. Austria", en Publ. Cour. Eur.

El problema del agotamiento de los recursos internos se plantearía, a juicio de los Estados, de manera diferente en cada uno de los momentos procesales. Porque, en efecto, las vías de recurso en el orden jurídico interno pueden ser muy distintos según se trate de juzgar la existencia de una violación del Convenio o se trate de enjuiciar la atribución de una "compensación equitativa".

Lo que se juzga en la primera acción es la conformidad de la legislación interna con el Convenio -en la materia discutible que sea-. Es en ese plano en el que la Comisión y el Tribunal han de tomar posición sobre la existencia de la violación.

En la segunda acción, en la de la demanda de indemnización, surgiría otra situación muy diferente. Habría que determinar en qué medida los requirentes se encuentran en derecho de reclamar una indemnización, por causa de la violación que hubiere sido reconocida. El problema jurídico, conceptualmente, es distinto. El examen de la segunda cuestión ha de hacerse desde el ángulo de las reglas que rigen la responsabilidad del Estado. Y por ello pudiera ser necesario verificar, ante todo, si el Derecho Interno permite o no indemnizar a los que se pretenden lesionados por la violación del Convenio.

Algo análogo acontecería con el procedimiento en si

.../...

Série A, n° 13, 1971, párrafos 85-93.
Asunto "Neumeister c. Austria", en Publ. Cour. Eur.
D.H., Série B, pp. 15-16.

mismo considerado: cambiaría en uno y otro caso, de carácter y de objeto. En el primer momento se podría hablar de un "contencioso subjetivo". Y la cuestión del agotamiento revistiría forma distinta en los dos supuestos. Además, en materia de indemnizaciones, como en toda otra, es preciso respetar el orden de las jurisdicciones (80).

Pero, aún suponiendo que la regla del artículo 26 no fuese aplicable, necesariamente, en la "segunda fase" del procedimiento, siempre subsistirían los requisitos de aplicación y la esencia misma del artículo 50. El artículo 50 prevé la existencia de una petición tendente a la asignación de una "compensación equitativa". Esto parece indicar que la parte que se pretende lesionada tenga que demostrar que el Derecho Interno, en litigio, no permite eliminar más que de forma imperfecta todas las consecuencias de la decisión o de la medida interna declarada contraria al Convenio. La demostración o prueba de la insuficiencia o parcial reparación interna debiera de basarse, en principio, en el previo agotamiento de los recursos internos de que disponga el reclamante para recabar la indemnización. El artículo 50 fundamenta

(80) En contra de esta opinión, Golsong había señalado: "... la Cour n'aurait le droit de se prononcer sur une éventuelle satisfaction à accorder que dans la même décision qui constate l'existence d'une violation de la Convention, donc dans l'arrêt sur le fond d'une affaire. ... une telle interpretation ne nous semble point justifiée, elle serait dans le contexte de l'article 50, trop restrictive et dans le cadre de notre Convention contraire au principe de l'"effect utile". Véase Golsong, H., Ob. cit. pág. 90. Véase asimismo Vis, W., ob. cit. pp. 279 y ss. Sobre la visión de los Estados véase: Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 12, 1971-1972, pp. 21-22, 23, 26, 38, 42, 57-59, 68, 76 y 77-78.

ta, desde luego, la reparación en la falta de suficiencia, en el caso concreto, del Derecho interno.

Por eso se ha dicho que las facultades del Tribunal europeo en materia de reparación son de "naturaleza secundaria". En el sentido de que esas facultades no debieran de ejercerse mientras no esté bien claro que el Derecho Interno no permite más que de un "modo imperfecto" eliminar las consecuencias de las medidas incriminadas. (81).

Este criterio permite pensar que el Tribunal no puede actuar más que "en defecto" o subsidiariamente, respecto a "la acción en el plano nacional" (82). La sentencia declarativa de la infracción no basta, por sí sola, para proceder a la asignación automática de la compensación prevista por el art. 50. Se impone natural y previamente, la necesidad de evidenciar el modo imperfecto de reparar del Derecho interno. Cuando se recaba una indemnización, en función del art. 50, procede un esclarecimiento previo: si el Derecho interno permite o no a los requirentes la obtención de la compensación debida, y, por tanto, si les ofrece o no vías legales para ello. En realidad, ésta cuestión puede plantear un problema más amplio, el de la responsabilidad jurídica del Estado en su propio Derecho interno.

(81) Golsong, H., ob. cit. pág. 100.

(82) Sería el supuesto de la existencia en el ámbito interno de un obstáculo que no permita la reparación, por las consecuencias de la violación, véase la tesis del gobierno aducida en el asunto de "Vagabundeo" en Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 12, 1971-1972, pp. 21, 23-24, 38-41, 53, 57-59, 68, 70 y 92 y en vol. 15, 1971-1974, pp. 14, 15, 16 y 17.

2. La responsabilidad del Estado y la obligación de los requirentes.

Es sabido que el tema de la responsabilidad internacional del Estado está siendo aún objeto de estudio y definición codificadora y progresiva por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Puede pensarse, en cuanto al fondo, desde el ángulo de la falta, pero, también, en el sentido de una responsabilidad sin falta. Independientemente de esta primera distinción, existe otra importante relacionada con la competencia de las jurisdicciones. En el orden interno las discusiones relativas a esta clase de responsabilidad pueden ser de la incumbencia de los tribunales judiciales, o bien del Consejo del Estado o del Tribunal Constitucional.

En general, la responsabilidad por causa de falta suele estar regulada, en cuanto al fondo, por las reglas del Derecho civil, que según la tradición de los países europeos, se aplican en la materia, tanto para el Estado como para cualquier otro sujeto de derechos y obligaciones. Se aplican evidentemente a las personas físicas, pero también, según la jurisprudencia, a las personas jurídicas y, en particular al Estado, cuando uno de sus órganos ha causado, por sus actos o por su negligencia o imprudencia, un daño concreto a las personas o sus bienes (83).

Modernamente la responsabilidad del Estado puede ha-

(83) Ibidem, pp. 22, 26, 42, 53, 68, 76, 87, y en cuanto a la responsabilidad de las autoridades belgas véase responsabilidad por falta, Ibidem, pp. 38-39, 59-60, 63-64.

llarse también en causa con independencia de la falta de sus órganos, con respecto, incluso, a daños resultantes de hechos que constituyan una lesión de los derechos o intereses de terceros (84).

La responsabilidad del Estado puede generarse, asimismo, por los daños provenientes del ejercicio del poder legislativo. Y es lógico que así sea, si existe, igualmente, la responsabilidad estatal por causa del ejercicio del poder reglamentario. Hace ya cierto tiempo que en Europa empezó a desvanecerse el mito de la inviolabilidad de los actos del poder legislativo, y esto de manera aun más particular, cuando se trata de la compatibilidad de las leyes nacionales con el derecho Internacional o supranacional (85).

Ha sido así establecido por la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales y del propio Tribunal europeo, el cual ha condenado, varias veces, a los Estados en razón de leyes nacionales incompatibles con el Convenio. Lo mismo ocurre con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que proclamó varias veces la primacía del Derecho comunitario sobre la legislación de los Estados miembros.

Siendo ésa la realidad del Derecho interno del Estado

(84) Responsabilidad por la violación de la obligación internacional, Ibidem pp. 23, 31, 40, 64, 66-68, 78-79, 80-81, 86 y 88.

(85) La responsabilidad por el daño causado por el ejercicio del poder legislativo y poder reglamentario en Ibidem, pp. 40, 63-65, 66-68, 74, 80-81.

demandado, parece natural que los requirentes, antes de dirigirse al Tribunal europeo, deban proceder ante los Tribunales nacionales y probar y reclamar ante ellos el daño invocado. Que no se haga, siquiera, el intento, de la manera que fuere, no estaría muy en armonía con la esencia del art. 50 (86).

3. Interrelación de los arts. 26 y 50 del Convenio respecto a las demandas de reparación.

La Comisión tuvo, lógicamente, que abordar el problema jurídico de la interrelación del art. 26 y del art. 50. A su juicio, el principio del agotamiento de los recursos internos, consagrado por el artículo 26, no se aplica necesariamente en el momento en que el asunto en litigio pasa de la primera a la segunda fase del procedimiento. Esto es, cuando el Tribunal va a analizar la procedencia o improcedencia de la petición de indemnización. Es innegable, jurídicamente, que la división en dos fases del procedimiento, en vez de considerarlo como dos procesos separados, tiene sus méritos (87).

Cuando la sentencia del Tribunal declara la existencia del quebrantamiento de una obligación del Convenio, puede ocurrir que la propia sentencia salvaguarde de manera expresa,

(86) Asunto "Stander" 29/69 - ECR, XV, pág. 419.
Asunto "Internationale Handelsgesellschaft" 11/70
ECR, XVI, pág. 1125 y Asunto "Nold" 4/73-ECR, 1974,
pp. 491 y ss.

(87) En cuanto al agotamiento previo de los recursos internos véase Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 12, pp. 21 y ss., 38 y ss., 57-59, 68 y ss.

el derecho a obtener reparación. Esta reserva del derecho de reparación puede darse sin que precise de modo concreto la eventual indemnización. Esta realidad jurídica se asienta en buenas razones teórico-prácticas. Ante todo, ofrece al Estado responsable la oportunidad de adoptar la decisión interna per tinente antes de que el Tribunal europeo tenga que intervenir de nuevo sobre la materia. Se abre de esa forma un cierto período de tiempo durante el cual el Estado tiene la posibilidad de reparar, por su propia cuenta y por sus propios medios, el perjuicio sufrido por el individuo (88).

En defecto de una solución a ese nivel estatal dentro de un plazo razonable, es decir, si las autoridades nacionales no parecen dispuestas a hacer uso de esa posibilidad que se le ofrece, la experiencia jurisprudencial nos evidencia que el Tribunal puede, en razón del artículo 50, reexaminar el asunto y pasar a la segunda fase, correspondiente a la indemnización. En relación con ese instante, se suscita la polémica doctrinal y práctica sobre el carácter exigible o no en esa fase, del art. 26, es decir, que el requirente haya agotado todas las vías de recurso, en el pleno sentido del artículo mencionado. Jurídicamente es discutible el alcance de esta po sibilidad: si se puede estimar como una facultad concedida al Estado en causa, pero no como un motivo de inadmisibilidad de la demanda ante el Tribunal (89).

(88) Se ha dicho que: "... La Cour ne peut agir qu'à défaut ou subsidiairement à une action sur le plan national suite à l'arrêt constatant la violation de la Convention". Golsong, H., ob. cit. pág. 91.

(89) Sobre la admisibilidad de las demandas de reparación véase Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 12, pp. 2, 41, 57-59, 76-77 y 78.

El inicio de esa segunda fase correspondiente a la indemnización puede operarse, según la concepción pragmática jurisprudencial, sin tener que agotar plenamente las vías de recurso interno. La actitud del Estado puede deducirse y esclarecerse por vías más sencillas. Por ejemplo, puede estimarse suficiente la respuesta negativa dada a los requirientes por una instancia nacional o simple y directamente por el Ministerio de Justicia del Estado (90). Esta sencilla, pero clara negativa, sería razón justificada, de acuerdo con la evolución jurisprudencial, para que el Tribunal comience sin más, la segunda fase del procedimiento. No sería exigible, por tanto, el ejercicio en toda su plenitud, de la regla del art. 26.

La concepción expuesta interpreta con liberalidad las atribuciones del Tribunal, en materia de reparación. Propugna que no se vean mermadas sus facultades derivadas del art. 50 ni que la acción del Tribunal sea objeto de dilación innecesaria, cuando sea llamado a interpretar en el caso concreto la aplicación del artículo 50. Esto equivale a pensar que la aplicación del art. 50 no debiera de ser interpretada restrictivamente, en el sentido de que limite las atribuciones del Tribunal en el instante de enjuiciar equitativamente la debida indemnización a otorgar a la víctima del quebrantamiento del Convenio (91).

(90) Asunto "Ringelsen c. Austria", en Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 13, 1971-1972, pp. 10, 80 y 85.

(91) Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 12, 1971-1972, pp. 48 y ss.

Naturalmente, esa interpretación liberal del art. 50 no presupone que los requirentes no tengan que agotar de alguna forma por sencilla que sea, los recursos internos que esclarezcan bien la actitud del Estado antes de dirigirse a la Comisión para que ésta haga intervenir al Tribunal con respecto a la demanda de "satisfacción equitativa".

La concesión de la compensación, requiere, en todo caso, según los términos del artículo 50, haberse previamente establecido y evidenciado que el Derecho interno de la Parte contratante interesada no permite eliminar, mas que de modo imperfecto, las consecuencias de la decisión o de la medida que el Tribunal declaró contraria al Convenio. Es obvio que las personas que se estimen lesionadas por tal decisión o medida deben, en primer lugar, dirigir su instancia de reparación a los órganos competentes de la Parte contratante, con el fin de que tengan ocasión y la oportunidad de eliminar las consecuencias de la infracción, en la medida en que lo posibilite su Derecho interno.

.../...

Sørensen M., en la vista pública de febrero de 1972, afirmaba la opinión de la Comisión sobre las competencias del Tribunal en materia de reparación:
"... Je désire souligner l'intérêt qu'il y aurait à ce que votre Cour ne se laisse pas influencer par les circonstances spéciales du cas pour adopter une conception trop étroite de ses attributions en matière de réparation. C'est seulement en se réservant les possibilités les plus larges, dans le cadre de notre Convention, que la Cour pourrait à la longue veiller d'une manière efficace au respect des Droits de l'Homme, en constatant les violations et en ordonnant la réparation des préjudices subis par les victimes", en Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 12, 1971-1972, pág. 52.

No hay que olvidar, por otro lado, la obligatoriedad del artículo 26 para la Comisión. En principio y según el artículo 26 la Comisión no está facultada para intervenir o entender en el caso de una demanda, sin haberse cumplido antes la regla del agotamiento de las vías de recursos internos. En este punto, la Comisión tiene muy delimitada su capacidad de acción porque el contenido y alcance de la regla del agotamiento le viene impuesto por el mismo art. 26: "Tal como se entiende según los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos". Y este es el supuesto de cualquier demanda que solicite una compensación equitativa: esta demanda debe, antes de nada, someterse a los órganos competentes del Estado interesado.

Por consiguiente, la interpretación liberal del artículo 50 no exime a los requirentes de la obligación de iniciar una acción judicial que tienda a condenar al Estado a pagar la indemnización solicitada. Y esta acción judicial ha de interponerse, en todo caso, antes de hacer intervenir a los órganos internacionales. Los requirentes tendrán pues, que hacer valer ante los Tribunales internos el perjuicio que eventualmente se les hubiere causado y quedarán facultados para pedir la reparación de ese perjuicio si pueden demostrar su misma existencia.

Aquí se observa la interrelación ineludible del art. 26 y del art. 50 con respecto a la petición de indemnización y las fases sucesivas del procedimiento. En principio la demanda dirigida a la Comisión por los requirentes no debe ser admitida si no se han agotado las vías de los recursos internos (92).

(92) Ibidem, pp. 24, 36-37, 40 y ss. y sentencia de 10 de marzo de 1972. "De Wilde, Ooms y Versyp", Série A, vol. 14, pp. 39 y 50-51.

Enunciados los argumentos esenciales sobre el carácter aplicable o no aplicable del artículo 26 a las demandas de reparación, subsisten otras cuestiones que deben analizarse sobre la interrelación de las demandas de reparación y el artículo 26 - agotamiento de los recursos internos.

En primer término, se discute si la solicitud de indemnización ha de ser o no objeto de un procedimiento único en relación con el fondo del asunto sobre la infracción, o si el Tribunal puede determinar la indemnización en un procedimiento distinto. En otras palabras, la cuestión de la reparación, ¿puede o no tratarse en un procedimiento separado al relativo a la cuestión principal?

El esclarecimiento de esta primera cuestión nos dilucidará a su vez, la cuestión derivada de si las demandas de reparación constituyen o no "demandas nuevas" distintas de la acción principal sobre la infracción. Este criterio ha sido esgrimido por los gobiernos demandados que consideran que el Tribunal debería aplicar plenamente, a las peticiones de reparación, la regla del artículo 26 (93).

La solución que se aporte a la cuestión anterior tiene repercusión directa sobre las obligaciones de las partes lesionadas que se verán eximidas o no de la carga del agotamiento. Y, por ello procede tener en cuenta y analizar los razonamientos que inclinan al Tribunal para desestimar la aplicación del agotamiento de los recursos internos a las instancias de indemnización.

(93) Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 15, 1971-1974 pág. 110.

4. La cuestión de fondo del litigio y la reparación.

La opinión de los Gobiernos es como ya apuntamos, bien manifiesta (94). A su juicio la reparación no debe ser objeto de un procedimiento distinto del que afecta a la cuestión principal. En este sentido se señala el hecho de que, al dirimirse la cuestión de la violación de las normas del Convenio el Tribunal ya emite una decisión definitiva de un determinado asunto. El hecho de intervenir una sentencia definitiva, se considera determinante y concluyente: debiera de implicar la conclusión del procedimiento.

El carácter final de la decisión del Tribunal incide, según los Gobiernos, directamente en la cuestión de la reparación.

"La reparación no debe de tratarse de forma separada de la cuestión principal" (95). Los Gobiernos reconocen efectivamente que la víctima goza de un derecho a obtener reparación y que ésta puede solicitarse ante el Tribunal. Pero es esta eventualidad no tendría que alterar, en modo alguno, el carácter final de la decisión. Conforme a ésta interpreta-

(94) Sobre la naturaleza de las sentencias dictadas por el Tribunal, la tesis del gobierno austriaco en el asunto "Neumeister", véase Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 15, 1971-1974, pp. 14-16. Véanse los votos particulares de los jueces Favre A., en el Asunto "De Wilde, Ooms y Versyp", Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 12, 1971-1972 pp. 43-94, y el voto particular del juez Mosler, H., Ibidem, pp. 43 y 94.

(95) Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 15, pp. 14-16.

ción del Convenio la sentencia sobre el fondo debe poner término al procedimiento, y, por ello, tendría que impedir al recurrente la posibilidad de formular la instancia de reparación sin haberse iniciado previamente un nuevo procedimiento, esta vez, de indemnización, ante la Comisión (96).

El carácter final de la decisión sobre la violación del Convenio se dice también que incide en la competencia del Tribunal. A primera vista parece razonable pensar que el Tribunal carece de facultad para incoar "de oficio" la cuestión de la reparación sin que el propio recurrente haya iniciado el nuevo procedimiento. Sin embargo la tendencia jurisprudencial reciente es de signo más progresivo, según indicamos anteriormente.

En este sentido se pronunció el Gobierno austríaco manifestando que el artículo 50 que confiere competencia al Tribunal en materia de reparación, debiera de interpretarse del siguiente modo: "La Cour examine et tranche la question de la réparation en liaison directe avec celle de la violation de la Convention". ("in direct liaison with the question of the violation of the Convention") (97).

(96) Posibilidad del Tribunal de resolver la cuestión del agotamiento en la misma sentencia relativa al fondo, en Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 12, pp. 46, 87, 90.

(97) El agente austríaco Pahr, W., defendió la tesis de su gobierno en el asunto "Ringeisen", en Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 11, pp. 32 y ss., 49 y ss., 62 y ss., 72 y ss.

La reparación no podía, por tanto, tratarse por separado de la cuestión principal. Por ejemplo, en el asunto Ringeisen, el Gobierno razonó que la sentencia de fondo revestía el carácter de decisión definitiva ("l'arrêt définitif") por su propia estructura y por su forma externa. Y, aunque la parte dispositiva afirmaba "el derecho eventual de la víctima de pedir una reparación", ello no variaba el carácter sustantivo de la decisión, que constituía realmente, una "decisión definitiva", presuponiéndose, por consiguiente, "cerrado el procedimiento". De lo contrario, se atribuiría al Tribunal, la facultad de reabrir, nuevamente de oficio la cuestión de la reparación, sin haberse iniciado, previamente el nuevo procedimiento ante la Comisión (98).

El texto y espíritu del artículo 50 del Convenio justificaría la anterior elaboración conceptual, porque la comprobación de la existencia de la violación de un derecho y la cuestión de la reparación "son objeto de un único procedimiento y de una única decisión. (99).

(98) Vallée, Ch.: "L'affaire Ringeisen devant la Cour européenne des Droits de l'Homme" en: R.G.D.I.P., n° 1, 1972, pp. 110 y ss.
Knops, E.M.: "Les affaires de vagabondage", Cour européenne des droits de l'homme, 18 juin 1971 et 10 mars 1972, affaire De Wilde, Ooms y Versyp", en: Cahiers de Droit européen, n° 8, 1972, pp. 544 y ss.

(99) "Un fois l'arrêt rendu, l'article 50 ne trouverait plus à s'appliquer", tesis sostenida por los gobiernos en Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 13, 1971 1972, pp. 25, 49. 50-51, 53.
En contra de la tesis se pronuncia el tribunal en su sentencia de 10 de marzo de 1972 en el Asunto "De Wil-

Decidida la cuestión de la infracción sería necesario la iniciación de un nuevo procedimiento para que el Tribunal pudiera pronunciarse en cuanto a la reparación.

Esa interpretación gubernamental del art. 50 suele ser, claro está, compartida por los requirentes. Así aconteció en el asunto Ringeisen, se consideró, entonces que esa interpretación gubernamental no sólo era absurda en la práctica sino que contradecía el espíritu que había informado la redacción del citado artículo 50. (100) Porque esa tesis consideraba que la cuestión de la posibilidad de obtener una reparación en el ámbito interno y el consiguiente examen de la legislación interna por parte del Tribunal debía posponerse a la declaración de la infracción del Convenio.

Por otra parte, el pensamiento de la Comisión no corres

.../...

de, Ooms y Versyp", Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, (question d'application de l'article 50), vol. 14, pp. 39, 65.
Por sus atribuciones como Tribunal internacional, véase, Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 13, cit. pp. 39-40, 41 y 53.

- (100) "C'e n'est que si l'on constate la violation d'un droit que si l'on peut raisonnablement se demander comment il convient de le réparer. Sinon, il faudrait que la Cour européenne recherche dans tous les cas, même ceux où elle ne constate aucune violation, si la législation interne offre une possibilité suffisante de réparation... c'est ne que quand la Cour a relevé une violation qu'il y a lieu d'examiner si la législation interne prévoit une réparation suffisante".

pondría tampoco, con el criterio gubernamental (101). La Comisión, admitía, en efecto que la decisión del Tribunal, confirmando la existencia de una violación del Convenio, puede calificarse en principio de "sentencia declarativa" (102).

Sin embargo, a juicio de la Comisión, existen además motivos suficientes y justificativos para el establecimiento en sentencias separadas relativas a la declaración de la violación y a la determinación de la reparación y "no se podría obligar al Tribunal a pronunciarse en una misma sentencia" acerca de ambas cuestiones. Esta eventualidad de dos decisiones separadas, por un lado, sobre el litigio fondo y, por otro, sobre el contenido de la reparación, está en armonía con las prescripciones del Convenio sobre las facultades y el "modus operandi" concerniente al Comité de Ministros.

En efecto, el Comité de Ministros decide primero si ha habido o no violación del Convenio y, en caso afirmativo, fija el plazo en el que el Estado interesado debe de adoptar "las medidas que se deriven de la decisión del Comité de Ministros". Por consiguiente, al Estado declarado responsable le corresponde la adopción, entre otras, de las medidas de reparación oportunas. Cuando el Estado interesado no adopta las medidas satisfactorias en el plazo concedido, el Comité de Ministros está facultado para tomar otra decisión sobre "cuales

(101) Asunto "De Wilde, Ooms y Versyp", en Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 12, 1971-1972, pp. 21-22, 23, 26, 38, 42, 57-59, 68, 76-78.

(102) Ibidem, pp. 28, 38 y 46-47, pp. 57 y 87 y asunto Ringelsen. Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 13. Audiencia pública de Mayo de 1972, pp. 40-41.

son las consecuencias que se derivan de su decisión inicial" (103). Ese es el sistema operativo del art. 32 del Convenio, con respecto al Comité de Ministros. Se preve, por tanto, una primera decisión sobre la declaración de la violación. Y otra decisión subsiguiente sobre las consecuencias de la violación.

El sistema reparador del Convenio, referido al Comité de Ministros, no contempla la obligación de pronunciarse en una misma decisión sobre las dos cuestiones expuestas.

5. Facultades del Tribunal en las dos fases posibles del procedimiento de reparación.

Ciertamente el Convenio no regula de igual forma y de modo explícito las atribuciones del Tribunal sobre la materia en su título IV. Pero, en cambio, le reconoce y atribuye el rango de jurisdicción internacional, consagrand, por consiguiente, de modo implícito, las atribuciones correspondientes a un Tribunal internacional que puede decidir, como es usual, sobre su propia competencia (104).

En consecuencia, parece lícito decir que el procedimiento de reparación ante el Tribunal no constituye "un nuevo procedimiento", sino una continuación del procedimiento ju

(103) Recueil des Textes, pág. 109.

(104) En cuanto al rango de jurisdicción internacional véase sentencia de 10 de marzo de 1972, Voto particular del Juez Mosler, Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, vol. 14, pág. 20.

dicial ya iniciado sobre el fondo del litigio. La sentencia declarativa de la infracción sería sólo un elemento de un proceso único. Y la demanda de reparación no constituye un nuevo procedimiento en el sentido del art. 25: el demandante no debe reiniciar un procedimiento distinto ante la Comisión (105).

Esta cuestión del procedimiento que deba seguir el Tribunal para conceder la reparación, se la planteó el propio Tribunal el cual se manifestó partidario de la posibilidad de pronunciarse sobre la reparación en sentencia separada a la sentencia declarativa la que pronuncia declarando la existencia de la infracción del Convenio (106).

El Tribunal no ignora, desde luego, la necesidad y el cuidado de tomar en cuenta, en lo posible, el parecer y los

(105) Textualmente se afirmó que:

"Elle ne constitue pas une nouvelle procédure, et il n'y a point de demande nouvelle" en Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 13, pág. 38. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha influenciado la labor de la Comisión de Derecho Internacional. Véase el segundo Informe que sobre el contenido las formas y los grados de responsabilidad de los Estados presenta el Relator especial. Riphagen, W., C.D.J. 33 período de sesiones A/C.N. 4/344 de 1 de mayo de 1981.

(106) En contra de la tesis sostenida por Pahr W., en nombre de su gobierno en el Asunto Ringeisen. Interpretaba que el art. 50 confiere competencia al Tribunal para conceder la reparación del siguiente modo:

"La Cour examine et tranche la question de la réparation en liaison directe avec celle de la violation de la Convention ("in direct liaison with the question of the violation of the Convention"), en Audiences Publiques Mai 1972, véase Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 13, pp. 49-52.

intereses de los Estados demandados. Por el contrario, el Tribunal estima que los Estados pueden sentir y tener reservas ante un debate sobre las consecuencias de la supuesta violación cuya realidad misma discuten. Y pueden, incluso, abrigar el deseo de conservar la facultad de llegar a un arreglo sobre la reparación directamente con la parte lesionada, sin deber enfrentarse con una nueva intervención del Tribunal.

Ese es el sentido técnico-jurídico que inspira al Tribunal cuando la sentencia declarativa de la infracción del Estado hace reserva, a veces, del derecho del requirente, de solicitar la reparación. Esta importante reserva de derechos tiene un alcance muy claro para el Tribunal. Procura, por un lado, señalar al recurrente la posibilidad "de obtener del Tribunal", si hubiese necesidad de ello, la concesión de una satisfacción equitativa conforme al artículo 50. Y presupone, por otro, que esa necesidad, solo se dará si el Estado infractor no procede, o se niega, a realizar por su propia cuenta la reparación debida (107).

Es jurídicamente comprensible la elaboración de inter-

(107) La propia práctica posterior en la aplicación del art. 50 va a justificar la posibilidad de la concesión de la reparación en sentencia ulterior. Véase Golsong, H.: "Quelques reflexions à propos du pouvoir de la Cour européenne des droits de l'homme d'accorder une satisfaction équitable (art. 50 de la Convention européenne des Droits de l'Homme)" en René Cassin *Amicorum Disipulorumque Liber I*, Paris 1969, pp. 90-94 en concreto pp. 90-91.
Publ. Cour. Eur. D.H. Série A "Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" (fond) pág. 87.

pretaciones dispares y discrepantes sobre esta materia. Porque es notorio que el tenor literal del artículo 50 no se presta a una definición precisa del "modus operandi" para obtener la reparación. No hace una referencia expresa y concluyente sobre el problema. Por eso la cuestión del procedimiento a seguir con tal finalidad, se suscitó ya desde el primer instante en que el Tribunal estableció la reserva del derecho del recurrente a obtener reparación (108).

En este sentido la interpretación restrictiva sobre la aplicación del artículo 50 podría dimanar de su propio texto. No alude claramente a la configuración en dos fases distintas del procedimiento de reparación. La frase que se considera decisiva del artículo 50 sólo dice que la decisión del Tribunal "concederá si procede a la parte perjudicada una satisfacción equitativa" (109).

Naturalmente, si la expresión de "la decisión del Tribunal" se interpreta en el sentido de constituer y ser parte de la misma resolución, que la relativa al fondo, podría concebirse que el Tribunal estuviese obligado a pronunciarse sobre la cuestión de la reparación en la decisión de fondo no pudiendo hacerlo en un estadio ulterior (110).

(108) Golsong, H., ob. cit. pág. 91.

(109) En cuanto al procedimiento a establecer: "no se olvide que el artículo 50 debe ser interpretado en el contexto del Convenio, y en interés del individuo". Véase asunto "Lawless", Sentencia 14 noviembre de 1960. Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, 1960, pág. 15.

(110) "La Cour ne pourrait plus se prononcer à un stade ul-

La interpretación extricta y restrictiva del artículo 26, defendida por los Estados demandados, ha sido descartada con buenas razones. En toda disposición jurídico-internacional ha de respetarse ante todo la debida eficacia, la viabilidad práctica, el concepto genérico de su "efecto útil". Al igual que ocurre con las disposiciones de carácter convencional internacional, el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados reitera y consagra el principio del efecto útil, de la utilidad eficiente de las previsiones jurídicas pactadas.

Ciertamente, el Tribunal no dejó de pensar que el texto del artículo 50, había, además, de ser susceptible de la interpretación lógica. La lógica ampara en principio, ampliamente la competencia del Tribunal, con el fin de llegar a la debida "satisfacción equitativa a la parte perjudicada" (111). En este sentido, se ha podido apreciar que el artículo 50 con tiene tres elementos sustanciales:

a) El Tribunal está facultado para "declarar si una decisión o medida estatal contraviene o no, total o parcialmente, las disposiciones del Convenio.

.../...

terieur à l'arrêt sur le fond sur une éventuelle satisfaction à accorder".

En contra de la tesis gubernamental se había manifestado Golsong H., que había propuesto en su estudio que tanto la Comisión como el Tribunal deberían prever en sus Reglamentos internos el procedimiento para los supuestos de reparación, y hacía claro hincapié en el carácter accesorio del procedimiento de reparación. Golsong, H., ob. cit. pp. 93-94.

(111) Publ. Cour. Eur., D.H., Série B, vol. 13, pp. 49-52.

b) Parece, a su vez, innegable que al Tribunal le corresponde confirmar la concordancia de la legislación interna con la plenitud de la reparación debida, esto es, si el Derecho interno permite o no reparar de modo pleno las consecuencias de la decisión o medida estatal contraria al Convenio, o si, por el contrario, se ofrece tan solo una reparación "imperfecta".

c) La satisfacción equitativa será concedida, "si procede", por "la decisión del Tribunal" (112).

Es evidente la necesidad, según el artículo 50 de la concurrencia de esos tres elementos sustanciales, jerarquizados en el ámbito de la jurisdicción del tribunal, es, en cambio, menos fácil concluir, como alegan ciertos Estados, que esos tres elementos sustanciales deban estar inmersos en una sola "decisión judicial". No cabe duda que constituyen, realmente, una unidad teórico-práctica en el enunciado genérico del artículo 50. Pero, la misma generalidad de su redacción puede dar motivo, respetándose los principios esenciales, a decisiones sucesivas constituyentes y dimanantes de una misma acción judicial internacional.

De esta forma, se nos ofrece la preeminencia de la "declaración" judicial de la ilegalidad del comportamiento estatal. Sería difícil, en este estadio conceptual y procesal, tener que sentar ya un juicio definitivo sobre la reparación. Porque para establecer este criterio es preciso esclarecer, previamente, si la legislación interna permite o no reparar los efectos del acto ilícito.

(112) Recueil des textes, pág. 112.

Una vez que se ha declarado la ilicitud de la acción estatal es cuando puede intervenir el examen de la eventual reparación por parte del Estado inculpado y después del propio Tribunal, a la luz de la legislación interna y del comportamiento estatal. Solamente después de esclarecerse este extremo, cabe ponderar la posible satisfacción equitativa del Tribunal (113).

No se ha estimado lógico pensar, jurídicamente, que esos tres presupuestos se den por cumplidos, contenidos y resueltos en una sola decisión judicial del Tribunal" la declaración de ilicitud, el esclarecimiento de la eventual reparación por la legislación interna y la satisfacción equitativa internacional.

El propio artículo 50 nos ofrece y parece abrir un cauce dual, en primer término, la "declaración" positiva de la violación y, en segundo término, la "decisión" sobre la satisfacción equitativa.

En cierto sentido, resulta claro afirmar que la acción judicial es la misma. Sin embargo el desarrollo procesal de la acción judicial admite grados y momentos diversos. Y esta manera de entender la interpretación teórico-práctica del artículo 50 se aviene, además con la ejecución positiva del Convenio y con los principios generales de la competencia jurisdiccional de las instancias internacionales.

Esta interpretación lógica del artículo 50 nos explica

(113) Ibidem. pp. 109-112.

la falta de fundamento jurídico sólido del parecer de los Estados partidarios de la aplicación reiterada y absoluta del artículo 26 -agotamiento de los recursos internos- a cada uno de los momentos diversos de la acción judicial única.

Es de tener en cuenta, por otra parte, que el artículo 50 no confiere al Tribunal una competencia originaria en materia de reparación, sino que "confirme plutôt le rôle de la Cour comme organe international dotée de la compétence de constater s'il y a eu ou non une violation de la Convention".

6. Analogía de los sistemas de reparación del Comité de Ministros y del Tribunal.

La aplicación del artículo 50 del Convenio, en forma análoga a sus antecedentes convencionales (los antecedentes convencionales, se referían, más bien, a los inconvenientes derivados especialmente, del derecho interno constitucional, según hemos analizado) entra en juego, esencialmente, cuando el Estado, es decir, el gobierno que lo representa en sus relaciones internacionales, no se encuentra en situación de reparar debidamente por razones del Derecho interno. Este es el supuesto esencial reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que permite al Tribunal conceder la satisfacción necesaria y justificada. Y, así, lo ha proclamado de modo bien explícito el propio Tribunal, que entiende que el artículo 50 estipula su competencia en cuanto a la reparación: "si el derecho interno solo permite de manera imperfecta reparar la consecuencia de la resolución o medida interna contraria al Convenio. En razón de esta realidad jurídica se ha pensado que el texto y el espíritu del artículo 50 permiten atribuir-

le un cierto carácter subsidiario a la actuación del Tribunal en materia de reparación. Este parece ser también, el espíritu análogo que preside la actuación del órgano político del Convenio. En efecto el artículo 32 del Convenio estipula con referencia al Comité de Ministros, los siguientes criterios:

a) El Comité de Ministros puede "decidir" si ha habido o no una infracción del Convenio, en base del Informe de la Comisión y cuando no intervenga el Tribunal.

b) "En caso afirmativo", el Comité de Ministros establece un plazo dentro del cual la Alta Parte Contratante interesada deberá "tomar medidas que se deriven de la decisión del Comité".

c) El Estado interesado tiene la oportunidad de adoptar o no las "medidas satisfactorias dentro del plazo concedido", pero en caso negativo interviene de nuevo el Comité de Ministros para decidir "cuales son las consecuencias que se deriven de su decisión inicial" (114).

Las tres normas básicas del artículo 32 confirman por tanto, la interpretación lógica que hemos expuesto con relación al artículo 50. Refuerzan el carácter subsidiario de la actuación del Tribunal en materia de reparación y aclaran la existencia de diversos momentos o fases procesales en la puesta en práctica del artículo 50. En una primera fase, el Comité

(114) Ibidem, pág. 112. El art. 50 en su párrafo 3 del Reglamento del Tribunal, en Recueil des Textes, pág. 109 y 416.

de Ministros "decide" según el artículo 32, sobre la existencia o inexistencia de la infracción alegada. De modo análogo a lo que ocurre con el artículo 50, cuando faculta al Tribunal para "declarar" la existencia de una violación del Convenio. El Comité de Ministros procede, después, en una segunda fase a fijar el plazo en el que el Estado tiene necesariamente que restablecer la situación alterada, esto es, tomar "las medidas que se deriven de la decisión del Comité". Este segundo momento, es, para el Estado demandado, muy análogo al que se suscita cuando el Tribunal proclama la existencia de una violación y formula, en la sentencia, la reserva del derecho a la reparación en favor del recurrente. Es cierto que el art. 50 no habla de un plazo determinado, al igual que lo hace al art. 32. Pero no se puede ignorar la similitud de situaciones, ni dejar de reconocer que el espíritu que las informa es bien análogo. Ambas disposiciones, una de modo explícito y la otra de forma implícita ofrecen al Estado infractor un cierto período de tiempo durante el cual ha de proceder por su cuenta, a restablecer la situación o reparar el daño causado.

Y en general, cabe estimar asimismo como bien y notoria la semejanza del art. 32 con el art. 50 en lo que respecta al momento último o fase final del procedimiento ejecutivo del Convenio. Nos referimos a la eventualidad de que el Estado infractor no se haya atendido, ni adoptado en la práctica las medidas sugeridas por el Comité de Ministros o haya dejado de realizar la reparación plena y debida, implícita en la reserva del derecho del requirente y contenida en la sentencia del Tribunal. En este punto el art. 32 es más explícito que el art. 50, pero nos parece clara la analogía existente entre ambas situaciones y artículos. Porque si bien es cierto que el artículo 32 faculta de modo expreso al Comité de Ministros

para dar a su "decisión inicial" la prosecución que le corresponda, no es menos exacto que el artículo 50 hace referencia a la "decisión del Tribunal" que concederá si procede de la satisfacción equitativa.

En todo caso la aplicación del artículo 32 no parece haber dado base a los Estados para pensar que el sistema restaurador del Convenio presuponga "procedimiento" dual ante el Comité de Ministros sino más bien un procedimiento único: desde el instante inicial de la intervención del Comité de Ministros hasta el momento en que se procede al cumplimiento de la sanción o de las medidas satisfactorias que aquél decida. Ese es el texto claro del artículo 32, párrafo 3: se dará cumplimiento a las medidas o consecuencias que se derivan de su decisión inicial. La idea de que la decisión inicial del Comité de Ministros mantiene su validez y su propia naturaleza desde el comienzo hasta el término procesal del asunto, se corresponde plenamente con la idea de que el procedimiento originado por un asunto ante el Tribunal puede constituir también, un procedimiento único, desde el inicio hasta la resolución final de la reparación.

La similitud de situaciones y del espíritu inherente a los artículos 32 y 50 refuerza, por consiguiente, la interpretación lógica de que el procedimiento ante el Tribunal se desarrolle mediante dos fases sucesivas. Primero se ha de confirmar la existencia de la violación. Cuando ésta ha sido declarada internamente el Estado puede observar o incumplir las medidas o consecuencias que de ellas se derivan o hallarse incapacitado internamente para cumplirlas (115).

(115) Recueil des Textes, pág. 416.

En consecuencia, una vez reconocida la infracción si el Estado incurre en el incumplimiento del deber de indemnizar y ofrecer por su cuenta la reparación plena, habrá llegado el momento de proceder a la segunda fase de la adopción de las medidas necesarias por parte del Tribunal.

Este método utilizado por el Tribunal es hoy indiscutible a partir de la modificación de su Reglamento interno (116).

Es cierto que la modificación realizada podría haberse efectuado en el propio artículo 50 del Convenio. Lo que es indudable y sirve para aclarar la interpretación del artículo 50 es que el Tribunal deberá apreciar en cada asunto sus "circunstancias específicas" para poder decidir la cuestión de la reparación en la misma sentencia del fondo o en una ulterior. Su razonamiento se deberá sin duda a las circunstancias de oportunidad que deban entrar en juego en cada caso. El hecho de que no se pronuncie en una misma sentencia no ha de pensarse que sea por motivos de prudencia política o de respeto a la soberanía del Estado infractor (117).

(116) De carácter accesorio califica Golsong H., a este tipo de procedimiento, ob. cit. pág. 91.

(117) El artículo 50 (3) del Reglamento del Tribunal prevee con claridad el procedimiento en los siguientes términos:

"Lorsque la chambre constate une violation de la Convention, elle statue par le même arrêt sur l'application de l'article 50 de la Convention si la question après avoir été soulevée en vertu de l'article 47 bis

En fin, cuando se han cumplido o concurren las condiciones del artículo 50, es preciso no olvidar la parte de frase "si hay lugar" para ello, para la asignación de la compensación equitativa. Esa referencia del artículo 50 con sagra como indicamos un cierto poder discrecional del Tribunal. Este tiene que apreciar libremente, en cada caso si procede conceder algo y si es "equitativo" hacerlo.

Los términos francés o inglés del art. 50 "si hay lugar" o "si es necesario" y el adjetivo "equitativo" o "justo" se caracterizan por una cierta fluidez, una cierta imprecisión, que deja al Tribunal un amplio poder discrecional, en la apreciación de los elementos que pueden justificar o no la concesión de una cierta satisfacción a la parte lesionada.

Es natural que el Tribunal ejerza ese poder de equidad, teniendo en cuenta los intereses públicos y privados propios de cada asunto: es decir el Tribunal no está obligado a asignar la compensación por la simple concurrencia de las otras tres circunstancias o condiciones características del artículo 50 (118).

.../...

du présent Règlement, es en état; sinon, elle la réserve en tout ou en partie et détermine la procédure ultérieure. Si au contraire ladite question n'a pas été soulevée en vertu de l'article 47 bis la Chambre fixe un délai dans lequel toute Partie ou la Commission peuvent la soulever". En Recueil des Textes, pág. 416.

(118) El carácter equitativo también deberá presidir los supuestos de conciliación. Recueil des Textes, pág. 416 (art. 50 -6-) Ibidem, pp. 106-107 y 112.

7. La renuncia al derecho de reparación.

Aun siendo poco usual el demandante puede renunciar a la reclamación de la compensación pecuniaria por daños morales o materiales, es decir, desistir del ejercicio de su derecho de reparación.

a) El Tribunal no está obligado a aceptar, de modo automático, el desistimiento del interesado. El Tribunal no ha entendido que no podía eximirse de su deber en el cumplimiento de sus responsabilidades por el sólo hecho de que el particular pueda manifestarse dispuesto a renunciar a los derechos que le garantiza el Convenio; pero el Tribunal, aún en el supuesto de que medie un arreglo amistoso entre las partes, tiene que persuadirse, con el examen del caso, que se han cumplido correctamente las exigencias del art. 50.

b) Se admite que el particular declare su voluntad de llegar a un arreglo en razón de la compensación que obtuviese o pudiera obtener del Gobierno demandado. Esto puede ser un factor importante e incluso decisivo en el momento de resolver sobre el carácter justo de la compensación -según el artículo 50-. El Tribunal sin embargo considera que es su deber conocer bien las circunstancias del caso concreto y averiguar si el interesado había renunciado o no por anticipado con toda claridad y en equidad a la compensación que pudiera provenirle por la decisión del Tribunal (119).

(119) Véase la vista pública de enero de 1974. en Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 15, pp. 85-133, especialmente pág. 90.

Lo anteriormente expuesto nos hace comprender el valor especial que la regla del agotamiento de los recursos internos tiene en la concepción de los órganos del Convenio en materia de reparación. Porque en este punto el Tribunal en la segunda fase procesal no se considera rígidamente vinculado por el art. 26. Cuando las demandas reparación se basan en la reserva genérica y explícita de la anterior sentencia declarativa de la infracción, el Tribunal no tiene en cuenta el riguroso método preconizado por los Estados en relación con la regla del art. 26.

En consecuencia el Tribunal confirma explícitamente la violación aducida por el recurrente, éste se halla justificado legalmente para presentar la demanda de reparación sin que estos dos momentos procesales diferenciados puedan equipararse a dos procedimientos separados. La declaración de la violación del Convenio y la decisión relativa a la reparación son parte de un único procedimiento y solo por motivos de pura lógica la decisión de la violación precede y justifica la presentación de la demanda de reparación, que a su vez motivará una segunda decisión del Tribunal en materia de reparación, complemento necesario y consecuencia inevitable de su primera decisión. El Tribunal se halla plenamente capacitado para decidir la cuestión en dos momentos diferentes, al igual que tiene competencia para dictar una sentencia interpretativa (art. 53), de una decisión previa, que como en el supuesto que nos ocupa, debe emitir necesariamente en un momento ulterior (120).

(120) Recueil des Textes, pág. 416.

DT'

P A R T E Q U I N T A

PARTE QUINTA

LA PRIVACION IRREGULAR DE LIBERTAD Y EL DERECHO ESPECIAL DE REPARACION.

I

Principales supuestos de privación irregular de libertad protegidos por el derecho de reparación.

1. Principio básico: nadie puede ser privado de su libertad y seguridad.
 - a) Concepto del derecho protegido por el artículo 5: calificación del derecho.
2. La privación regular de libertad, conforme al Convenio.
 - a) La legalidad de la detención y el carácter administrativo y judicial de las órdenes de detención. Necesidad de un Tribunal competente y la garantía de los "órganos de control" del Convenio:
 - 1) Interpretación del apartado a) del párrafo 1.
 - b) El cumplimiento de las obligaciones prescritas por la ley o por un tribunal: sus infracciones y la jurisprudencia europea.
 - c) La comparecencia inmediata ante la autoridad judicial: sospecha fundada de infracción y motivos razonables para impedirla. Decisiones de la Comisión y del Tribunal europeo.

- d) Prevención de huida del infractor y el internamiento de menores, alcohólicos y vagabundos.
 - e) Somera referencia a la prohibición de entrada en el territorio nacional y la extradición.
 - e) La noción polémica del "plazo razonable" del artículo 5 y la opinión de la Comisión y del Tribunal europeo.
3. El derecho especial de reparación por infracciones de la libertad y la seguridad de las personas (art. 5º pfo. 5).

70'

I I

Interrelación de los artículos 5 y 50 del Convenio y el deber de compensación equitativa a la parte lesionada.

1. La autonomía del Estado y el control europeo en el ejercicio del derecho de reparación.
2. Significado y evolución progresiva del derecho de reparación.
3. Conexión directa del agotamiento de los recursos internos con el derecho de reparación (art. 5º pfo. 4).
4. La interrelación de "lex specialis" y "lex generalis" y el carácter de norma de fondo del artículo 5.
5. El artículo 50 como norma de competencia.
6. Facultad especial de vigilancia y fiscalización del Tribunal europeo sobre la concesión de reparación.
7. Síntesis del equilibrio del sistema en vigor.

PARTE QUINTA

LA PRIVACION IRREGULAR DE LIBERTAD Y EL DERECHO ESPECIAL DE REPARACION.

I

PRINCIPALES SUPUESTOS DE PRIVACION IRREGULAR DE LIBERTAD PROTEGIDOS POR EL DERECHO DE REPARACION.

1. Principio básico: nadie puede ser privado de su libertad y seguridad.

La redacción del "derecho a la libertad y a la seguridad" del artículo 5 del Convenio, es de contenido mucho más amplio que la sucinta fórmula de la correlativa disposición de la Declaración Universal. El Convenio siguió, en este punto, el criterio sugerido por los juristas anglosajones del Common Law, partidarios de ejemplificar y especificar, con más detalle, los supuestos de privación legal de la libertad, de la detención legal.

Por ello, los autores del Convenio utilizaron de forma extensiva y pormenorizada la definición del derecho en cuestión. Esta redacción se ha justificado en razón de la conveniencia de facilitar la tarea de la Comisión y del Tribunal. Se ha llegado a afirmar que la citada fórmula constituye un elemento esencial del sistema establecido por el Convenio europeo (1).

(1) Robertson, A.H.: "Human Rights in Europe".

El artículo es, sin duda, una de las disposiciones invocadas con mayor frecuencia ante la Comisión en materia de reclamaciones y de reparación. Del total de demandas individuales interpuestas, se estima que dos terceras partes corresponden a personas que fueron privadas de su libertad (2).

La Comisión europea tuvo ocasión de pronunciarse -Asunto de Becker-, sobre el método adoptado por los redactores del Convenio. En su opinión, la idea de los autores del texto era la de establecer y definir cada derecho o libertad por separado, incluyendo en cada artículo las excepciones y reservas precisas, de conformidad con el derecho y la libertad de que se tratase (3). De esta forma se justificaría la ejemplificación realizada en los supuestos del derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a la vida y la libertad frente a trabajos forzados (arts. 5, 2 y 4 respectivamente) (4).

.../...

Manchester, 1977, pp. 50 y ss.

Vasak, K.: En cuanto a la protección de la libertad véase: "Les dimensions internationales des droits de l'homme", UNESCO, 1978, Capítulo 4, párrafo 2, pp. 168-173.

(2) Doc. D.D.H. (81) 1, pág. 1.

(3) Asunto n° 6040/63 contra Irlanda, Recueil des Decisions, Commission Européenne des Droits de l'Homme, 44, pág. 121.

(4) Nedjati, Z.: "Human Rights under the European Convention", Amsterdam, 1978, pp. 16 y ss.

La actual Constitución española, sigue este mismo sistema, enuncia los supuestos en que es legítima la detención y seguidamente incluye los derechos del detenido (art. 17) (5).

En principio, sin embargo, la calificación de la legalidad de la detención corresponde a las autoridades internas, llamadas a calificar los hechos, interpretar su tipificación legal y su posterior aplicación por los órganos internos. Veremos, más adelante las salvedades del Convenio al principio interno (6).

-
- (5) Recueil des Textes, pp. 102-104.
El art. 17 de nuestra Constitución es el precepto eje para regular la libertad individual, el apartado primero dispone: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley".
En conexión con este artículo se encuentran los arts. 18 (inviolabilidad del domicilio y secreto en las comunicaciones) y el art. 15 que proclama el derecho a la vida y a la integridad física.
Véase el comentario sistemático a la Constitución española de 1978, Alzaga, O., Madrid, 1978, pp. 198 y ss.
- (6) En España rige el sistema respecto de los tres órdenes de justicia (civil, penal y administrativa) el sistema de un "juez ordinario aplicador de un derecho especial", porque el Convenio goza de aplicación directa en nuestro ordenamiento. Pero existe una salvedad; nos referimos al supuesto del Tribunal Constitucional que corresponde a una jurisdicción especial. Véase la Ponencia del Juez Martínez Ruiz, L.F.: "El Juez español ante la Convención europea de derechos del hombre". En el Coloquio Internacional relativo al Convenio europeo de derechos humanos celebrado en Madrid, 5-6 Noviembre, pág. 16-22, 24-37.

El Tribunal europeo, proclamó también, la importancia que el derecho a la libertad y a la seguridad, revisten en la sociedad democrática. El valor de los derechos regulados es tan relevante y trascendente que predomina incluso por encima de la voluntad de las personas. El individuo no pierde el beneficio de la protección aunque se haya ofrecido voluntariamente a ser detenido. La ilícita detención de la persona puede violar el artículo 5, aunque el interesado estuviese de acuerdo con ella. Este es el alcance que atribuye el Tribunal a los valores consagrados por el Convenio. Así lo reconoció en el asunto de Becker, 1962.

Desestimó el argumento de que, en el caso concreto de una detención, no existía privación de libertad "por haberse dirigido voluntariamente los recurrentes a las autoridades" (6 bis).

a) Concepto del Derecho protegido por el artículo 5:
Calificación del derecho.

Derecho a la libertad y a la seguridad: Se entiende en primer lugar, que se trata de un derecho "inalienable" de conformidad con los principios de derecho generalmente reconocidos, así lo estableció en el asunto de Vagabundeo.

La Comisión también interpretó este artículo en el sen

(6 bis) El gobierno belga invocaba la analogía por tratarse de "casos específicos" y no del examen de la incompatibilidad de la legislación belga con el Convenio.

tido de que se refiere a una "privación" de libertad excluyendo la posibilidad de una "renuncia" voluntaria a la misma, en este asunto la Comisión concluyó que el artículo 5 era aplicable a la privación de libertad de los recurrentes.

Sin embargo de este texto no puede deducirse que los particulares tengan derecho a exigir a las autoridades internas una protección personal específica, ej.: poniendo a disposición de un recurrente un guardaespaldas (7).

La calificación del derecho se establece en el párrafo 1 del artículo, que determinará quien goza de competencia para calificar la legalidad de la detención. Se determinará en base a la legislación interna, es decir si se ha ajustado al procedimiento como veremos posteriormente.

Pero a qué órgano compete dicha calificación ¿jurisdicción interna o a los órganos de Estrasburgo?; es evidente que el artículo 5 reputa competentes a las instancias internas que son las llamadas a calificar los hechos, a interpretar su tipificación de arreglo a la ley interna y su posterior aplicación por los órganos internos competentes (8).

(7) Asunto n° 6040/73 contra Irlanda. En Recueil des décisions, 44, pág. 121.

(8) Pero en el supuesto de que las autoridades internas violen este derecho corresponde a los órganos de Estrasburgo examinar el supuesto de hecho a fin de salvaguardar la aplicación y el respeto del derecho, claramente precisado en el texto del artículo así como las excepciones autorizadas. Mosler, H., ob. cit. pp. 537 y ss. Asunto n° 6242/73, Brückmann contra R.F.A., en Annuaire..., vol. XVII, pp. 458 y ss.

La competencia de los "órganos de control" del Convenio les lleva a proteger al particular frente al arresto y detención arbitrarios. Para ello deberán vigilar que las decisiones internas no incurran en una "denegación de justicia" (9).

El derecho a la libertad no podrá ser en ningún modo interpretado de forma discriminatoria o de modo tendente a destruir el derecho protegido. El Convenio requiere, asimismo, que las restricciones no puedan ser utilizadas con un fin distinto al previsto. (arts. 14, 15 y 18 respectivamente). Precisamente el artículo 18 ofrece la posibilidad jurídica de apelar al principio de desviación de poder (10).

El alto grado de respeto que se merece la libertad y la seguridad de las personas, nos explica que las violaciones posibles del artículo 5 sean susceptibles, inmediatamente, del recurso ante un Tribunal acerca de la "legalidad" de la detención y compensadas por el derecho específico a la reparación:

-
- (9) Asuntos n° 5302/71 contra Gran Bretaña. En Recueil des Décisions, 44, pp. 29; n° 5573/72 y n° 5670/72, en Décisions et Rapports, 7, pp. 8 y 26. Asunto n° 5058/71, en Recueil des Décisions, 40, pág. 80.
- (10) Décisions et Rapports, n° 2, pág. 52 y Asunto Wemhoff, Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 7, 1968, pp. 23 y ss. Recueil des Textes, pág. 106. Véase Trechsel, S.: "The right to liberty and security of the person, article 5 of the European Convention". En: Human Rights Law Journal, 1980, vol. 1, pp. 88-135.

"Toda persona víctima de arresto o detención en condiciones contrarias al presente artículo, tendrá derecho a una reparación" (art. 5 pfo. 5 del Convenio).

La doctrina establecida inicialmente por la Comisión (asunto Wemhoff) y reiterada posteriormente (asunto n° 5969/72 contra Noruega), nos da la clave de la aplicación del derecho de reparación previsto en el artículo 5. Es preciso, haberse establecido, conforme a la normatividad del Convenio que el individuo reclamante sea realmente "víctima" del quebrantamiento de los criterios establecidos en el artículo 5 en favor del derecho de la libertad y a la seguridad de las personas (11).

Este artículo dispone:

"Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad".

Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes, y con arreglo al procedimiento previsto por la ley:

-
- (11). En este sentido cabe citar a Castberg F., y Antonopoulos N. Lo que importa es que se halla producido una violación de conformidad con los párrafos 1 al 4 del art. 5, no sólo del párrafo 3 como señalaba la Comisión en el asunto "Wemhoff" o la no inclusión de la disposición respecto del párrafo 4° como se planteó en el asunto "De Wilde, Ooms y Versyp" o en el asunto "Huber contra Austria: "infracción de cualquier disposición del art. 5". Esta ampliación la manifestaría la Comisión en el asunto n° 5969/72 contra Noruega y más recientemente en el asunto n° 6821/74 contra Austria. En, Décisions et Rapports, 2, pág. 52 y en Décisions et Rapports, 6, pp. 65 y ss.

a) Si es detenido legalmente, tras la condena por un Tribunal competente;

b) Si ha sido encarcelado o detenido legalmente por desobediencia a una orden dada conforme a ley, por un tribunal o para garantizar la ejecución de una obligación prescrita por la ley;

c) Si ha sido detenido y encarcelado a fin de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existen razones plausibles para sospechar que ha cometido una infracción, o cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido:

d) Si se trata de la detención legal de un menor, decidida con el propósito de educarlo sometido a vigilancia, o de su detención legal con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;

e) Si se trata de la detención legal de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado mental, un alcohólico, un toxicómano o un vagabundo;

f) Si se trata del arresto o de la detención legal de una persona para impedirle la entrada irregular en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida deberá ser informada, en el plazo más corto y en un idioma que comprenda, de las razones de su detención y de cualquier acusación de que sea objeto.

3. Toda persona detenida o encarcelada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c) del presente artículo deberá ser conducida inmediatamente, ante un juez u otro magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable, o puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad podrá estar condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en el juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un Tribunal, a fin de que éste se pronuncie en breve plazo acerca de la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal.

5. Toda persona víctima de arresto o detención, en condiciones contrarias a las disposiciones del presente artículo, tendrá "derecho a una reparación".

2. La privación regular de libertad, conforme al Convenio.

- a) La legalidad de la detención y el carácter administrativo y judicial de las órdenes de detención. Necesidad de un Tribunal competente y la garantía de los "órganos de control" del Convenio.

Esta importante disposición del Convenio es la primera que se refiere, de modo explícito, al derecho de reparación. Nos lleva a considerar la idea específica de su violación y puntualizar que es lo que debe entenderse por auténtica privación de libertad, y cuales sean sus posibles restricciones.

Cabe afirmar, en primer lugar, que "el derecho a la li-

bertad y a la seguridad" constituye jurídicamente un derecho inalienable y universal, de conformidad con los principios de derecho generalmente reconocidos.

El principio fundamental del artículo 5, confirmado por la jurisprudencia europea trata de evitar, a toda costa, la privación irregular de libertad, excluyendo incluso la posibilidad de la "renuncia" voluntaria del interesado.

Sabemos que el derecho a la libertad es demasiado importante en una "sociedad democrática", para que una persona pueda perder el beneficio de la protección del Convenio por la simple razón de haberse ofrecido, el individuo, voluntariamente a ser detenido. Por ello, reiteramos la singularidad jurídica del Convenio de que la detención puede violar el artículo 5 incluso aunque la persona implicada estuviese de acuerdo con la misma (12).

En el asunto "Schiesser c. Suiza" el recurrente, debido a su avanzada edad y delicado estado de salud, y por carecer de domicilio fijo las autoridades suizas se vieron obligadas a negarle la libertad bajo fianza a fin de evitar la probable fuga del territorio suizo del recurrente. Estos motivos fueron considerados válidos por los órganos de Estras-

(12) Asunto de "Vagabundeo", Informe de la Comisión de 19 de julio de 1969, Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 12, párf. 174.
Guarnieri G., en el Coloquio Internacional de Madrid mencionado subrayó la labor realizada en el ámbito internacional que persigue la instauración de un orden público comunitario que garantice la preeminencia de los regímenes democráticos.

burgo (de conformidad con lo establecido en el párrafo 3º del art. 5 en relación con el párrafo 1º del mismo en su apartado c) (13).

La privación de libertad ha de operar, en todo caso, "con arreglo al procedimiento determinado por la ley" (art. 5, pfo. 1). El procedimiento de arresto puede precisar una orden de carácter judicial o administrativo.

La doctrina y jurisprudencia son acordes sobre la naturaleza distinta, prima facie, de las órdenes internas, según sea el supuesto del arresto o detención legal. Se requiere una orden judicial en las hipótesis siguientes:

- a) Cuando la detención legal es consecuencia de la condena "por un tribunal competente".
- b) En el caso de "desobediencia" a la ley o para garantizar la obligación prescrita por la ley.
- c) Cuando existan "razones plausibles" para sospechar de la comisión de una infracción o "motivos razonables" para evitar la infracción -o- la huida, después de cometida-.

En cambio, se estima justificada la detención en base de una orden administrativa en los casos siguientes:

- a) La detención legal del menor a fines de educación o de comparecencia judicial.

(13) Sentencia de 4 de diciembre de 1979. Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, nº 34, párrfs. 7 a 23. En la Sentencia de 23 de Octubre de 1979, el Tribunal europeo interpreta esta noción, entendiendo que se refiere esencialmente a la legislación nacional que deberá ser observada siempre que el derecho interno se conforme con el Convenio, inclu-

- b) La detención de personas con enfermedades contagiosas, enajenación mental, alcoholismo, etc.
- c) Para impedir la entrada irregular en el territorio o contra la persona que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Los criterios doctrinales y pragmáticos de la jurisprudencia europea han sido desarrollados en múltiples litigios, de tal forma que podemos elaborar un cuerpo de normas interpretativas que afectan tanto al concepto de "legalidad", como al carácter jurídico procesal de la privación de libertad. El Tribunal europeo ha sido muy sensible y cuidadoso de la protección individual en el ámbito de la libertad y seguridad de las personas.

La primera cuestión básica a señalar es la de la naturaleza de la orden de detención: su procedencia de carácter judicial o administrativo. Se alegó, en el asunto n° 7755/77 que la detención había sido ordenada por una autoridad administrativa y que ésta carecía de competencia para ello, porque siempre sería necesario haberse dado una orden judicial al efecto.

El Tribunal matizó mucho la aplicación del artículo 5, en razón de las circunstancias del caso en litigio. Estimó que el hecho de que la autoridad administrativa dictara la orden de detención no era incompatible con el art. 5, si se basaba en una orden previa de carácter judicial. Y en el caso concreto el procedimiento establecido por la ley nacional confiaba de dicha forma la ejecución de la sentencia suiza.

En realidad, el núcleo polémico de la cuestión básica

.../...

yendo los principios generales o implícitos en el texto. Véase comentario R.I.E., vol. 8, n° 1, pp. 248-250. Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, párrafos 36 a 38, y Recueil des Textes, pág. 106.

afecta al principio general de la "legalidad" de la detención, sobre el que se manifestó, con sutileza, la Comisión en la Demanda n° 2621/65 (14). No se considera competente para interpretar, de modo general, si el derecho interno es aplicado debidamente por las autoridades judiciales internas, salvo en el supuesto de que éstas hayan actuado de mala fé, en cuyo caso la detención no podrá calificarse de "legal", conforme al artículo 5 (1) c.

El Tribunal se declara competente en el Asunto Winterwerp para investigar en las materias que el Convenio remite al derecho interno y cuyo incumplimiento comporta el del Convenio de forma que el Tribunal se halla autorizado para ejercer un control (15).

La noción de legalidad de la detención se refiere a su carácter regular, en virtud de la sentencia dictada por "tribunal competente" (art. 5 prfo. 1, a).

(14) Asunto n° 7755/77 en Décisions et Rapports, 9, pp. 210-212. Véase Raymond, J.: "La Suisse devant les organes de la Convention Européenne des Droits de l'homme" Société suisse des Juristes, Rapports et Communications. Fascicule 1. Basilea 1979, párf. 61 y Doc. DDH (81), pág. 13.

(15) Sentencia de 24 de Octubre de 1979, Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 33, párrafos 36 a 39 y 58 a 61. Véase R.I.E., vol. 8, n° 1, pp. 248-250.

1) Interpretación del apartado a) del párrafo 1.

El Tribunal tuvo la oportunidad de interpretar el primer apartado del párrafo 1 del art. 5 que estipula las privaciones de libertad que son regulares y que reza del siguiente modo:

- a). "Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente".

En el asunto Engel, considero que pueden considerarse dentro de esta circunstancia los supuestos en que la persona haya sido condenada por la comisión de un acto delictivo que se encuentre tipificado como tal o esté sujeto a penas disciplinarias por la ley interna del Estado interesado (15 bis).

El texto no distingue según fuere el carácter jurídico de la infracción por la que una persona es declarada culpable. Se aplica a cualquier condena de privación de libertad, pronunciada por un "tribunal" que el derecho interno del Estado demandado califique de penal o disciplinario.

El concepto de "tribunal competente" fue dilucidado por el Tribunal europeo en el asunto de Vagabundeo (sentencia del 18 de Junio de 1971) y, posteriormente, en el de Engel (sentencia del 8 de Junio de 1976). La esencia de la noción se cifra en ciertos caracteres fundamentales entre los que

(15 bis)

Recueil des Textes, pág. 106.
Véase Sentencia de 8 de junio de 1976. Publ. Cour.
Eur. D.H., Série A, n° 22, párf. 68.

cabe destacar la independencia del Poder ejecutivo y de las Partes interesadas en el litigio, así como las garantías de un proceso judicial. Es la exigencia del tribunal "independiente e imparcial" a que se refiere el artículo 6 del Convenio.

En cambio, el artículo 5 del Convenio no establece requisito alguno respecto al lugar geográfico en que debe encontrarse el "tribunal competente". Esta actitud es conforme a la evolución moderna de los acuerdos bilaterales y multilaterales. La progresiva cooperación judicial internacional nos muestra que los Estados están, en general, dispuestos a asegurar en su orden jurídico interno las decisiones dictadas en el extranjero, incluso las sentencias penales. Este hecho ha influido en los redactores del Convenio. Así lo ha reconocido la Comisión.

No se ha establecido "ninguna distinción basada en la situación del Tribunal que decide" (16). No se prohíbe, por tanto, que el Estado ejecute, dentro de su territorio la sentencia de privación de libertad, dictada por la autoridad judicial de otro Estado contratante. La consideración de "tribunal competente", a los efectos del artículo 5, puede ser, incluso el Tribunal del Estado-contratante en cuyo territorio el inculcado cumple la condena (17).

(16) Sentencia de 8 de Junio de 1976, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, párf. 68.
Respecto del Asunto de Vagabundeo, véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, 1971, n° 12, párrafos 67-70.

(17) Asunto Lawless, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 31, párf. 12, pág. 51 y Sentencia de 27 de Marzo de

Es criterio generalizado el de que la calificación de la legalidad de la detención corresponde, en una primera fase, a las autoridades internas (18). Pero este criterio ha de supeditarse a una norma superior, la de que los órganos de Es trasburgo han de enjuiciar el comportamiento de las autoridades internas para evitar y sancionar la denegación de justicia o desviación de poder (19). Esta norma es decisiva en materia

.../...

1962, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, 1962, pp. 25 y ss. Sentencia en el asunto Engel y otros, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 22, párf. 69, pág. 28.

El griego Evrigenis señaló en el coloquio citado la ten dencia evolutiva en la jurisprudencia del Tribunal.

- (18) La norma que nos ocupa en sus párrafos 3 y 4 afectan de modo especial a la función de los distintos jueces especialmente al juez contencioso administrativo, que deberá juzgar en un plazo razonable o de lo contrario deberá ordenar la puesta en libertad, art. 6 (1) y garantías procesales establecidas en el citado artículo respecto del procesado. Así se pronunciaba el juez Martínez Ruíz F., en su ponencia citada, pág. 16-20.

- (19) En cuanto a la concesión de una reparación rige "competencia general residual". El Tribunal Constitucional "entenderá los recursos de amparo que le fuesen sometidos de conformidad con el título 14 de la Ley orgánica del T.C. Los recursos podrán interponerse contra actos u omisiones.

Los derechos invocables son los incluidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución.

La función del Tribunal Constitucional: "Deberá limar las diferencias entre Constitución y Convenio y proclamar una unidad de contenido entre los diferentes textos relativos a un mismo derecho. El Tribunal Constitucional: "Queda reducido a un eslabón en la cadena de instancias protectoras de los derechos humanos mientras España no acepte el derecho de recurso individual. El

.../...

de reparación, porque, la previa decisión interna de la legalidad del arresto o detención practicada, no priva, en absoluto, a la víctima de su derecho a la reparación.

La interpretación jurídica realizada por las instancias creadas por el Convenio respeta dentro de ciertos límites, las diversidades nacionales, pero no debe necesariamente permanecer estable, sino más bien ser flexible, haciéndose cada vez más estricta en la medida en que progresa la armonización de los órdenes jurídicos nacionales. Prueba de ello es la opinión del Tribunal contraria a la distinción clásica entre actos u omisiones -hoy en vías de revisión-.

La doctrina y la jurisprudencia de los órganos del Convenio han estudiado y regulado con sumo cuidado el sentido del término "legal" -respecto a la privación de libertad-, no ateniéndose a un criterio genérico de la compatibilidad de la legislación analizando las previsiones de la ley interna sobre los supuestos de arresto y haciendo referencia expresa a la ley de los gobiernos demandados.

Se considera que la libertad y la seguridad de la persona deben ser entendidos como un "todo dentro de un mismo contexto" (20).

.../...

recurso de amparo constituye el último recurso a que tiene acceso al particular.
El ponente hizo votos respecto de la futura labor del Tribunal Constitucional de la que dependerá "la efectividad práctica de la Convención", Martínez Ruíz, F., Véase ponencia citada, pp. 29-37.

(20) El derecho a la libertad y a la seguridad deben ser

.../...

La libertad clásica implica la libertad física de la persona. Su objetivo estriba en garantizar que no sea despojado de ella de forma arbitraria. No se trata de meras restricciones a la libertad de circular que se encuentran en el artículo 2 del Protocolo n° 4, que reviste carácter facultativo (21).

La determinación de si el individuo se encuentra "privado de su libertad" en el sentido del art. 5, necesita partir de su situación concreta, ya que se trata de una noción "relativa". Sin embargo el derecho a la seguridad debe ser garantizado en términos absolutos, interpretándolo siempre en el contexto de la libertad.

Es preciso valorar un conjunto de criterios como el modo, la naturaleza, la duración, los efectos y las modalidades de la ejecución de la medida en cuestión ponderando de modo concreto la aplicación por las autoridades internas del derecho nacional a la persona que se estime lesionada (22).

.../...

entendidos como un todo. Asunto n° 5573/72 y 5670/72, en *Décisions et Rapports*, 7, pp. 8, 47 y Doc. D.D.H. (81) 1, pág. 3. Véase asimismo Raymond, J., Ob. cit., párrafos 41-42.

- (21) El derecho a la seguridad prohíbe las ingerencias arbitrarias del poder público en el ejercicio de la libertad e implica que toda decisión que se refiera al art. 5 debe adoptarse de conformidad con el procedimiento establecido por la ley. Asunto n° 7729/76 en *Décisions et Rapports*, 7, pp. 164 y 184 y Doc. D.D.H. (81) 1, pág. 3. (Nota 3 (bis)). En cuanto a la seguridad, véase asimismo: Asunto 5877/72 contra Gran Bretaña, en *Annuaire...*, vol. XVI, pp. 328-336 y Asunto n° 6040/73 contra Irlanda, en *Recueil des Décisions*, 45, pág. 90.
- (22) Sentencia de 8 de Junio de 1976. Publ. Cour. Eur. D.H., *Série A*, párrafos 58 y 59. Sentencia de 6 de Noviembre de 1980, se trataba de la asignación de residencia en una isla. Publ. Cour. Eur. D.H. *Série A*, vol. 39, asunto Guzzardi, párrfs. 58 a 63, pp. 21-23 y Doc. D.D.H. (81) 1, pág. 4 y Raymond J., Ob. cit. párf. 42.

Porque, como ha subrayado recientemente el Tribunal, la privación de libertad puede ser el resultado de las modalidades de ejecución de la medida controvertida (23).

La situación de privación de libertad o la restricción de la misma reviste, a juicio del Tribunal únicamente una diferencia de grado o intensidad, no comporta una diferencia de naturaleza o esencia. Sin embargo, la calificación de una u otra categoría dependerá en ocasiones de circunstancias marginales que dificultarán su apreciación. En todo caso el Tribunal no podrá declinar el examen de la cuestión, pues de ella deriva la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 5.

No podemos olvidar que los límites que el artículo 5, impone a los Estados contratantes en la organización de su sistema judicial, disciplinario y de policía pueden variar de una situación a otra. (Sentencia en el Asunto Engel e invocado en su voto particular por el juez Matscher en el asunto Guzzardi).

Cualquiera que sea la privación de libertad implica, por su propia naturaleza, restricciones a libre circulación y elección de residencia. Es innegable que el artículo 5 protege al individuo contra la arbitrariedad en materia de privaciones de libertad entendidas "stricto sensu". En cambio, el artículo 2 del Protocolo n° 4 protege al individuo contra

(23) Recueil des Textes, pp. 103 y 130. Véase voto particular del Juez Fitzmaurice en el Asunto Guzzardi, Sentencia de 6 de Noviembre de 1980. Publ. Cour. D.H. Série A, vol. 39, párf. 12.

las restricciones en materia de desplazamiento, o lugar de residencia. Si el artículo 5 no se interpreta rigurosamente, limitándolo a su propia esfera, por el contrario, y se engloba en él las medidas relativas a las citadas restricciones no solo resultaría superfluo el citado artículo 2, sino que, además, se quebrantarían las intenciones que lo motivaron. La interpretación confusa constituiría un medio indirecto para someter a los Gobiernos a las obligaciones derivadas del citado Protocolo, aunque no lo hubiesen ratificado.

- b) El cumplimiento de las obligaciones prescritas por la ley o por un Tribunal: sus infracciones y la jurisprudencia europea.

Al lado del esclarecimiento de la privación de libertad, aparece en el artículo 5 la importante condición de cual sea el órgano que debe efectuar la declaración de la violación del Convenio. Naturalmente serán los llamados órganos de control, -Asunto Wemhoff-. Para saber, si un arresto o detención supone una violación es necesario una sentencia del Tribunal (art. 50) o una decisión del Comité de Ministros (art. 32-1). En principio, solo estos dos órganos pueden decidir con fuerza obligatoria, si ha habido arresto o detención con infracción del Convenio (24).

(24) Vis, W.: Ob. cit. pág. 280. Véase Voto Particular del Juez Verdross, en el asunto De Wilde, Ooms y Versyp. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, 1971, pág. 51 y Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 7, 1968, pp. 23 y ss.

El segundo supuesto de privación legal de libertad contemplada por el artículo 5, párrafo 1, letra a) es el arresto o detención regular por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley. Esta detención no puede según indicamos -ser ordenada por una orden administrativa sino por una orden judicial (25).

Se trata del arresto o detención de una persona con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones personales y concretas impuestas por la ley. No se trata de infracciones generales contra la paz, el orden público o la seguridad del Estado. El precepto no es susceptible de interpretación muy amplia que pudiera producir consecuencias incompatibles con la noción de "procedimiento" o "regla de Derecho" señalado por el Tribunal en los asuntos Golder y Engel (26).

(25) Por desobediencia a una orden de Tribunal, cuestión que no plantea problemas de interpretación aunque existe escasa jurisprudencia al efecto. Se trata de medidas establecidas por el Derecho interno de los Estados contratantes, véase Doc. D.D.H., (81), 1. pág. 7. Asunto Kamma contra Países Bajos, en *Annuaire...*, vol. XIV, pp. 414 y ss., y Asunto n° 7755/77, en *Décisions et Rapports*, 9, pp. 210 y ss.

(26) Se pone en evidencia que el internamiento administrativo no se justifica alegando el art. 5-1-(b), véase Doc. D.D.H. (81) 1, pág. 8; Publ. Cour Eur. D.H., *Série A*, n° 22, 1976, pp. 28, párf. 68-69. Asunto Lawless, Publ. Cour. Eur. D.H. *Série A*, n° 3, 1961, pp. 51-53, párf. 14. Asunto interestatal Irlanda contra Gran Bretaña, Publ. Cour. Eur. D.H. *Série A*, n° 25, párf. 194-196. En

Sin embargo el particular no puede ser privado de su libertad para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de carácter contractual. El hecho de carecer de medios suficientes para cumplir las obligaciones contractuales no puede perturbar el derecho a la libertad. Salvo que concurran otras condiciones adicionales a la incapacidad de observar las obligaciones contractuales, de tal intensidad y gravedad que conviertan en legítima la privación de libertad.

El necesario carácter judicial de estas ordenes de privación de libertad -desobediencia, cumplimiento de la ley- no pierde su validez por la reserva formulada por algún Estado en favor de la aplicación paralela de medidas administrativas. Por ello, se puede decir que las disposiciones del artículo 5 del Convenio, "serán aplicadas sin perjuicio de las disposiciones de las leyes de procedimiento administrativo relativo a las medidas de privación de libertad" (27).

.../...

el asunto Lawless la Comisión desestimó el argumento aducido por el gobierno irlandés que justificaba la detención del recurrente para impedir que éste actuase o persistiera en su actuación que califica de contraria a las obligaciones que les imponía la Constitución, en su Informe la Comisión subrayó que el párrafo b) preveía únicamente la garantía de la ejecución de las obligaciones específicas impuestas por la ley: "in order to secure the fulfilment of any obligation", "en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi". Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, pp. 31, 48, 59. Esta interpretación fue ratificada por el Tribunal en su sentencia de 1 de Julio de 1961 (fondo). Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, pág. 51.

(27) X contra Austria (nº 8278/78) y Asunto nº 5025/71 con-

.../...

La Comisión admitió este tipo de reservas en los asuntos n° 1047/1961 y 1452/1962. Y muy singular es, a su vez, la reclamación n° 8278/78. Merece un breve comentario. El recurrente fué sometido -para examinar su filiación- en contra de su voluntad a un análisis sanguíneo, que consideró contrario al artículo 5 del Convenio que garantiza el derecho a la libertad.

En opinión de la Comisión, la ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona puede, en principio, constituir una privación de libertad, incluso si la citada privación es de breve duración. Sin embargo, la demanda fue declarada inadmisible por "manifiestamente mal fundada". Se aceptó el argumento gubernamental que invocaba el artículo 5 en su primer párrafo, apartado b), que autoriza la detención de una persona por desobediencia a una orden dada conforme a la ley por un Tribunal, o para garantizar la ejecución de una obligación prescrita por la ley (28).

.../...

tra República Federal de Alemania, se planteaba si la prestación de declaración jurada sobre sus bienes podía serle impuesta y si la coacción ejercida era autorizada por el art. 5 (1)-b-. Véase Recueil des Décisions n° 39, pág. 35 y Doc. D.D.H. (81) 1, pág. 8. En el asunto n° 8278/78, que planteaba si la decisión de llevar por la fuerza al recurrente a un médico para que le efectuara una prueba del grupo sanguíneo infringía el art. 5.

(28) Doc. D.D.H. (81) 1, pág. 8.

En el caso concreto, la ejecución de la orden judicial de practicar el análisis sanguíneo, a efectos de la filiación, venía determinada por la sentencia declaratoria solicitada por la persona que no se estimaba padre del recurrente. La ingerencia impugnada en el disfrute del derecho a la libertad debía considerarse justificada en el presente asunto. Es interesante, en fin, señalar la posible ejecución, en este punto, de una orden judicial extranjera.

En este sentido procede recordar el parecer del Informe de la Comisión en el asunto n° 1322/62 contra la República Federal de Alemania. La ejecución de la sentencia de encarcelamiento en territorio de la República Federal de Alemania era conforme a la legislación interna alemana que autorizaba la ejecución de una sentencia dictada por un Tribunal penal de la República Democrática de Alemania. Siempre y cuando la detención fuera compatible con el "procedimiento determinado por la ley". Porque las garantías del artículo 5 tienden a impedir que los Estados contratantes ejecuten a la ligera las decisiones o sentencias inconciliables con los principios democráticos. De ahí se deriva la exigencia de la regularidad de la detención y el requisito de la naturaleza de la orden dictada por el "Tribunal competente".

Es curioso observar que en el citado Informe de la Comisión se hace una referencia especial a las circunstancias peculiares de la actual división de Alemania. La República Federal de Alemania, autoriza la ejecución de las sentencias dictadas en la República Democrática, porque este territorio se considera parte del "territorio nacional", que fué sustraído de su poder y por circunstancias históricas se encuentra en la "zona

soviética alemana" (29).

Ahora bien, la decisión dictada por un "tribunal competente", tiene que haber adquirido valor de cosa juzgada, en cuyo caso la detención es legal, conforme al artículo 5 (asunto n° 2746/66: Informe de la Comisión), si concurren los presupuestos fundamentales: el procedimiento conforme a la ley y el juicio "equitativo y público" (art. 6).

Por consiguiente, la determinación positiva o negativa de la privación de libertad, según el artículo 5 (1), habrá de basarse en el análisis de los distintos elementos que concurren en el caso concreto. El Tribunal, utilizando cierto margen de apreciación ha de ponderar con cuidado todos los elementos integrantes. Porque si éstos factores son vistos de modo separado, tal vez, no pueden considerarse como privativos de libertad, pero analizados de forma acumulada y combinada pueden producir una auténtica e importante privación de libertad. El examen de la actuación de los órganos internos según las normas del artículo 5, esclarecerá la cuestión primordial del procedimiento.

Una vez admitida la condición de víctima del recurrente, se podrá proceder a examinar la admisibilidad de la reclamación y el daño concreto susceptible de generar la reparación.

(29) Asunto n° 1322/62 contra República Federal de Alemania, Véase DDH (81) 1, pp. 8-9.

La Comisión como es habitual se limitará a expresar su opinión, sobre el derecho de reparación, mientras al Tribunal y al Comité de Ministros corresponde emitir la decisión vinculante en favor de la concesión de la reparación y estableciendo el importe pecuniario asignable a la víctima (30).

Se ha criticado la interpretación flexible del Tribunal del derecho de reparación del artículo 5, afirmando, de modo absoluto la procedencia del derecho del recurrente a una reparación o compensación a cargo del Gobierno demandado desde el instante en que se verifique la violación, y sea ordenada por el Tribunal o por el Comité de Ministros. Este sería el único objetivo del artículo 5 (5) (31).

- c) La comparecencia inmediata ante una autoridad judicial: sospecha fundada de infracción o motivos razonables para impedirla. Decisiones de la Comisión y el Tribunal europeo.

El tercer supuesto de privación legal de libertad (art.

(30) El art. 5 plantea la alternativa libertad o falta de libertad, cualquier noción intermedia, o la libertad limitada o restringida privación ligera de libertad normal o agravada. Asunto n° 7754/77 en *Décisions et Rapports*, 11, pág. 216 y Doc. D.D.H. (81) 1, pág. 5. Y *Recueil des Textes*, pág. 109.

(31) Jacobs, F.G.: "The European Convention on Human Rights", Oxford 1975, pp. 75-76.

5, pfo. 1, letra c) concierne la obligación de comparecer ante la autoridad judicial, cuando existen razones plausibles"-de sospecha de infracción- o "motivos razonables":-evitar la infracción o la huida-.

El texto convencional indicado ha de ser entendido en función del contexto completo del artículo 5, que fija las categorías de arresto y detención legales.

Por ello, la privación de libertad para hacer comparecer al inculcado de una supuesta infracción, ante la autoridad judicial está en conexión con la garantía de un juicio en "plazo razonable" del propio artículo 5 (3). El garantizar la comparecencia ante un tribunal de las personas que hubiesen sido detenidas preventivamente o internadas en condiciones legales (párrafo 1, c.) del artículo 5 presupone, un reducido lapso de tiempo que debe constituir, tan solo, un estudio preliminar antes de que la persona sea conducida ante el juez. Esta clase de privación de libertad, se autoriza únicamente en aras de ser conducido el inculcado ante la autoridad judicial (32).

En la redacción inicial del artículo 5 sobre la comparecencia obligada ante el juez, sólo se garantizaba cuando hubiese fundada sospecha de que el recurrente hubiera cometido

(32) En el asunto Lawless. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 3, párrafos 8-15.
Robertson, A.H.: Ob. cit. pág. 50 y ss.
Véase asimismo Irlanda contra Gran Bretaña, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 25, párrafo 196, in fine y 199.

una infracción pero no en el teórico supuesto, de que fuese a cometerla, como fué admitido en la redacción definitiva.

En la actualidad, la opinión de la Comisión es bien clara. Este era el argumento esgrimido por el Gobierno inglés basándose en la primera redacción del artículo, argumentación que fue rechazada por la Comisión y posteriormente ratificada por el Tribunal. Es preciso que se trate de una persona sospechosa de haber cometido una infracción, o bien de que existan "indicios racionales" de que pudiera cometerla, o bien de que pudiera huir de la justicia. Dándose estas condiciones requeridas, la detención comentada deberá realizarse de acuerdo al "procedimiento establecido por la ley" (X contra República Federal de Alemania y X contra Bélgica).

Ciertamente, no es fácil definir la noción de "indicios racionales" de haber cometido una infracción. Habrán de tenerse en cuenta las circunstancias que presente el caso concreto en el momento en que se efectúa la detención (Björn Sehonm Nielsen contra Dinamarca). La confesión de la persona que ha cometido el delito es justificación suficiente de la sospecha y legítima la detención. (Asunto n° 4465/70, Vampel contra Austria) (33).

La desaparición, en cambio, de la sospecha de que el

(33) En Annuaire..., vol. XIV, pp. 476 y ss. y Asuntos n° 2621/65 en Annuaire..., vol. IX, pág. 479-480 y Asunto n° 2279/64 en Recueil des Décisions 23, pág. 114. Asuntos n° 1936/63, en Annuaire..., vol. VII, pág. 224. Asunto n° 1602/62. Ibidem pág. 168, Asunto n° 4465/70 en Recueil des Décisions 38, pág. 58 y Asunto n° 7755/77, en Décisions et Rapports, 9, pág. 210.

detenido ha cometido la infracción deja sin contenido legal a la privación de libertad. Su permanencia en tal situación infringe el artículo 5.

La garantía dada a la persona detenida o encarcelada de "ser conducida inmediatamente ante un juez" comprende tanto el supuesto de sospecha de la comisión previa de un delito como la sospecha de la próxima comisión del mismo. Este es el criterio del Tribunal europeo. A su juicio, las medidas de privación de libertad solo son admisibles en aras de los propósitos explícitamente mencionados en el artículo 5. Cualquier detención sin "indicios racionales" supone un grave menoscabo del respeto al derecho a la libertad y a la presunción de inocencia (art. 6, apartado 2):

"Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida" (34).

No es fácil, tampoco, dilucidar con criterio general, los motivos que podrían considerarse razonables para impedir la comisión de una infracción. Las tesis doctrinales son muy relativas. El propio Tribunal europeo pondera, ante todo, las circunstancias específicas del caso concreto. Y ha aceptado como motivo válido el peligro de la repetición de infracciones. Admitió este peligro en el asunto Matznetter. Consideró válido el

(34) En la sentencia del 10 de Noviembre de 1969 en el asunto Stogmüller, el Tribunal afirmó que "la persistance de tels soupçons est une condition sine qua non". Publ. Cour. Eur. D. H. Série A, n° 9, 1969, párrafos 1-14.

argumento sostenido por las jurisdicciones internas sobre los elementos aducidos como justificantes de la repetición de las infracciones. A juicio del Tribunal, el mantenimiento del inculpado o acusado en situación de detención preventiva, podría justificarse en razón de dos elementos principales: la prolongada reiteración de actos punibles y la enormidad del daño sufrido por las víctimas que reveló la nocividad del inculpado.

Esa estimación de factores no es de valor absoluto, porque el propio Tribunal sentenció, después en otro asunto, la inexistencia del peligro de repetición de las infracciones, cuando el recurrente había cambiado de profesión y había transcurrido cierto tiempo en el que el interesado no había cometido ninguna infracción (Asunto Stögmüller) (35).

La Comisión y el Tribunal actúan con suma cautela en esta materia. En defensa de la libertad individual y para evitar el riesgo y las nefastas consecuencias de los regímenes policíacos y de los abusos. En este sentido reviste una transcendental importancia la interpretación de la Comisión, ratificada posteriormente por el Tribunal en el asunto Lawless. Precisamente sobre la disposición del párrafo 1°-c- del artículo 5, y el párrafo 3° del mismo artículo. Se consideró contrario al Convenio el internamiento administrativo, porque la detención no fue efectuada para conducir, inmediatamente, al interesado ante la autoridad judicial competente. De hecho el interesado no fue presentado ante el juez en un plazo razonable, du-

(35) Ibidem, párrafos 1-14.

rante el período de su detención. El Tribunal salvaguarda los principios fundamentales del Convenio y trata de evitar el rigor de los regímenes policiales y de los sistemas arbitrarios.

Porque una estimación muy lata del referido pasaje del Convenio pudiera contribuir a que las personas sospechosas de cometer una infracción fuesen, fácilmente detenidas y arrestadas en base de una simple decisión administrativa y por un período ilimitado, generando privaciones de libertad en oposición con el Convenio (36).

d) Prevención de huída del infractor y el internamiento de menores, alcohólicos y vagabundos.

El Tribunal interpreta razonablemente, con sumo rigor la noción de "detención necesaria" para impedir la comisión de infracciones. Con arreglo a la jurisprudencia europea no se puede justificar una legislación que prevea en principio la fácil detención preventiva de personas sospechosas, consideradas peligrosas; por motivos políticos o actividades ideológicas. Más polémico es el caso de los terroristas (37).

(36) Antonopoulos, N.: Ob. cit. p. 98 y s.
Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 3, 1961, párrafos 8-15.

(37) En opinión de Castberg F., el peligro de que un sospechoso pueda destruir pruebas, puede tenerse en cuenta como razón válida para justificar a pesar de que no se prevea expresamente en el párrafo 1, apartado c, Ob. cit. pág. 93 y ss.

El Convenio prevé también la privación de libertad para impedir a una persona "que huya después de haber cometido" la infracción (art. 5-1-c.).

Acontece en este supuesto algo análogo a lo que hemos expuesto en la hipótesis anterior. Los conceptos de necesidad legal y de relatividad jurídica, se entremezclan de tal forma que no es posible establecer criterios categóricos sobre la materia. La doctrina jurisprudencial europea se suele atener a criterios interpretativos de carácter estricto y restrictivo.

Las circunstancias que suelen aducirse como prueba justificativa de la sospecha de la huída son muy diversas. Podemos analizar las más sobresalientes. Se acostumbra a tomar en cuenta, en primer término, la eventualidad de una condena severa. Puede reputarse motivo válido para considerar necesario evitar o impedir la eventual huída del recurrente. La gravedad de las sanciones penales y civiles que se le podían imponer al finalizar el proceso, o dicho de otro modo, el temor a una condena grave.

Sucede lo mismo con la ausencia de domicilio fijo o de lazos con el país en el que se le persigue y la falta de recursos para mantener su nivel de vida habitual. Es más discutible, el cambio de actividad del recurrente. Se presta a doble interpretación. Se estima por un lado que el cambio de profesión o de actividad contribuye a facilitar la huída del recurrente y por otro lado, hemos visto que la misma causa puede reducir en el futuro la posibilidad de cometer nuevas infracciones.

El párrafo 3° del artículo 5 prevee el derecho del detenido o encarcelado conforme al párrafo 1° c) por ser sospechoso de haber cometido una infracción a ser conducido inme-

diatamente ante un juez u otro magistrado, este derecho implica que la conducción ante el juez del detenido se efectúe para ser interrogado sobre si conviene o no que se le mantenga privado de su libertad.

Se ha señalado que esta disposición únicamente puede ser invocada por la persona en estado de arresto o detención. En cuanto al requisito del plazo en que debe de efectuarse la comparecencia ante el juez, el texto estipula que se produzca "sin dilación" es decir "inmediatamente". Hay que distinguir, sin embargo, entre el derecho a ser conducido ante el juez sin dilación frente al derecho del detenido a ser juzgado en un plazo razonable. En el primer supuesto se trata de la primera comparecencia del detenido ante el juez o ante cualquier otra autoridad habilitada por la ley para ejercer funciones judiciales y que en este caso concreto deberá decidir si el detenido debe ser puesto inmediatamente en libertad o si puede ser privado de la misma. La Comisión tuvo ocasión de estudiar, con motivo del asunto 2894/66 las legislaciones de los Estados-Partes en esta materia y pudo observar que si bien todas coincidían en que el detenido fuese conducido ante el juez sin un retraso inútil, existía variabilidad en los plazos estipulados. La Comisión ha reconocido en esta materia "un cierto margen de apreciación a los Estados" siempre que se respete la inmediatez necesaria. Así se ha admitido el plazo de dos días prorrogables en el supuesto de que las peculiares circunstancias del caso lo justificaran, así ocurrió en el asunto n° 4960/71 en que la Comisión admitió el transcurso de cinco días previa a la conducción del detenido ante el juez debido a que el recurrente tuvo que ser hospitalizado.

El T.E.D.H. ha declarado que existe una conexión entre

los párrafos 1 c) y 3 del artículo 5. Se plantea la cuestión de interpretación de que debe entenderse por "plazo razonable".

En opinión de Castberg el plazo razonable exigido por el artículo 6 (1) se refiere al período de espera, comprendiendo tanto a los que se hallan privados de su libertad como a los que permanezcan en libertad durante el procedimiento (38).

El Tribunal en el asunto Neumeister señaló que las autoridades judiciales no pueden optar entre la puesta "mise en jugement" en un plazo razonable y una puesta en libertad provisional. Solo una auténtica necesidad de orden público justifica una derogación de la regla del respeto de la libertad individual o falta de interrogatorio en 15 meses o su detención no podía justificarse por el peligro de huida (39).

(38) Huber contra Austria, en Décisions et Rapports, 2, pág. 20, parfs. 67-83. Asunto Wemhoff, Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 7, Asunto Neumwister, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 8, parfs. 20-21. Y Asunto Haase contra República Federal de Alemania, n° 7412/76. En Décisions et Rapports, 11, pp. 78 y ss.

(39) En la sentencia de 4 de Diciembre de 1974 en el asunto "Schiesser contra Suiza" el Tribunal europeo analizó cuales eran los requisitos exigidos para que pueda considerarse como magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales.
En Annuaire..., vol. XX, pp. 575 y ss. y Décisions et Rapports, 10, pp. 238 y ss.

En el asunto Neumeister y en otros asuntos relativos al plazo razonable de la duración de la detención preventiva (40).

El T.E.D.H. admitió que el sistema del procedimiento penal en vigor en el continente europeo no infringe en cuanto tal la norma del artículo 5 (3).

Se refirió al principio en vigor en los Estados continentales de aclarar el buen fundamento o la falta del mismo en la acusación, es decir la regla de la investigación de oficio de la verdad (41).

El juez Zekia en su opinión disidente en el asunto Ringelsen, señaló la necesidad de que la duración de la privación de libertad se limite estrictamente. A su entender, no puede aceptar la opinión mayoritaria ya que considera que el

(40) Asunto Soltikow, en *Annuaire...*, vol. XIV, pág. 868 y Resolución del Comité de Ministros DH (71) 1. Asunto n° 4220/69 contra Gran Bretaña, en *Annuaire*, vol. XIV, pp. 250-280 y Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 8, 1968, párrfs. 1-12.

(41) Mosler, H.: Ob. cit. pp. 530-531, Publ. Cour. Eur. D.H. Asunto Neumeister, Série B, pág. 30 y Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 8, 1968, pág. 37. Respecto de la opinión de Mosler. Véase pp. 42 y ss. Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, Sentencia de 16 de Julio de 1971, pág. 54. Véase Informe de la Comisión en el Asunto Neumeister, Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, pp. 67-68.

Tribunal no debe limitarse a censurar las faltas cometidas por las autoridades internas al aplicar la legislación nacional, entiende que la jurisdicción del Tribunal puede analizar cualquier legislación de un Estado demandado que considere in compatible con un derecho garantizado (42).

La reclamación más notable es la del asunto "X contra Suiza" (nº 8500/79). El recurrente, un menor, había sido internado en un establecimiento penal a consecuencia de diversos delitos (hurtos e infracciones del código de circulación). Reclamaba, entre otras causas que la detención era contraria al artículo 5, por no hallarse encuadrada en los supuestos previstos en el artículo 5 (1 d.). Y no justificarse, tampoco, en mo tivos válidos conforme del derecho interno (43).

(42) En el Asunto "Wemhoff" sentencia de 27 de Junio de 1968. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, nº 7, pp. 36 y ss. Por último Asunto Matznetter, Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, pág. 33.

(43) Mikaelson, L.: Ob. cit. pág. 175, en que critica la actuación de la Comisión en el asunto nº 4960/71 y Véase Asunto Stögmüller. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, nº 9, 1969, párf. 1-16.
El recurrente menor reclamaba por el salario irrisorio que percibía en contrapartida de su trabajo obligatorio. Invocaba el art. 11 y 4 del Convenio combinados. Recueil des Textes, pp. 103, 105.
La Comisión en su decisión en lo que se refería al art. 5 (1) comprobó que los hechos impugnados se realizaron cuando el recurrente era "menor", conforme al sentido autónomo de esta disposición (16 años) hecho que se deduce y que ninguna Parte regula la mayoría de edad antes de los 18 años. La medida de interna-

En realidad el recurrente había sido privado de su libertad, por estarle prohibida la salida del centro. Pero el internamiento, se basaba en el Derecho penal interno y era como medida de instrucción, previa a la decisión que adoptase la autoridad judicial, una vez que hubiere comprobado los hechos. Por tanto, según la Comisión, la detención del menor era legal conforme al artículo 5-1-d).

La detención tenía que conformarse no solo al procedimiento prescrito por la ley y que fuese "equitativo y adecuado", con arreglo al Derecho interno sino que éste se adecuase a las restricciones del artículo 5, 1 (d), garantizando la intervención de una autoridad cualificada para decidir la privación de libertad y evitando la arbitrariedad.

La regularidad del procedimiento de la detención había sido ya esclarecida por la jurisprudencia del Tribunal especialmente en su sentencia del 24 de Octubre de 1979 en el asunto Winterwerp contra los Países Bajos (43 bis).

La necesidad de la concurrencia, en la detención de

.../...

miento debía considerarse como medida para hacerle comparecer ante la autoridad competente. La Comisión aplicó finalmente el art. 27 y declaró inadmisibles la reclamación por ser manifiestamente mal fundada.

(43 bis) En el asunto 6301/73, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 33 párrafos 36 a 39.

esos requisitos ineludibles es igualmente básica para la detención regular de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, del enajenado mental, alcohólico, tóxico-mano o vagabundo.

El internamiento, por ejemplo, del enajenado mental, puede prolongarse sin contravenir el Convenio. Lo fundamental es la observación de las precisiones indicadas. La Comisión se limita a examinar la legalidad de la detención, con arreglo a los motivos especificados. Considera que la decisión incumbía a las autoridades internas, siempre que se efectúe de conformidad con el procedimiento establecido por la ley. Sobre este punto es decisivo el asunto de Vagabundeo que merece estudio aparte.

Es interesante advertir que en esta clase de privaciones de libertad puede comprenderse el caso singular de la persona que por un desorden en su personalidad tiene tendencia y de hecho comete actos agresivos aunque no se hallen tipificados como delitos (44).

(44) Asunto n° 7493/76 contra R.F.A. La definición de las categorías citadas pueden variar de un sistema jurídico a otro hecho que motiva que la definición sea difícil. Véase Doc. D.D.H. (81) 1, pág. 10. En el asunto de "Vagabundeo" el Tribunal analizó la noción de Vagabundo tal y como se regulaba en la legislación belga, declarando su conformidad con el Convenio. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 12, pfo. 68. En el asunto "Guzzardi contra Italia". El Tribunal declaró que el recurrente no podía ser considerado como vagabundo. Y consideró que el artículo autoriza el arresto de los vagabundos pero no puede deducirse que se autorice implícitamente el arresto de personas más peligrosas.

e) Somera referencia a la prohibición de entrada en el territorio nacional y la extradición.

El último supuesto de privación legal de libertad, a que se refiere el artículo 5, 1 f), es el arresto o detención regular de una persona para impedirle la entrada irregular en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Se discute teórica y prácticamente si el principio de presunción de inocencia garantizado por el artículo 6 párrafo 2º es o no aplicable a las personas detenidas por motivos de expulsión. (Asunto nº 1983/63 contra Holanda).

Parece claro, según la jurisprudencia europea, que el Convenio no garantiza un derecho contra la extradición (Asuntos nº 2143/64 y nº 1983/63).

En cambio, la Comisión ha conectado el tema de la extradición, habitualmente, con lo dispuesto en el artículo 3º: nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos

.../...

sas. Sentencia de 6 de Noviembre de 1980, párrafos 96-98.

En cuanto a la noción de enajenado en la sentencia de 24 de Octubre de 1979 en el asunto "Winterwerp" el Tribunal interpretó que no pueden incluirse en esa categoría las personas cuyas ideas o comportamientos se separen de las normas predominantes en una sociedad dada. En este caso exigió que las autoridades holandesas previesen un control regular de las medidas de internamiento, véanse párrafos 67 y 68 de la sentencia.

inhumanos o degradantes. La investigación de la Comisión procura cerciorarse de si las medidas de extradición exponen al individuo al trato prohibido por el citado artículo 3 (45).

El Convenio después de regular los supuestos de privación legal de libertad establece los derechos fundamentales de los detenidos (art. 5, párrafos 2 al 5). Destaca, en primer lugar, el derecho a ser informado: toda persona detenida deberá ser informada en el plazo más corto y en un idioma que comprenda, de las razones de su detención y de cualquier acusación de que sea objeto. El tema ha sido estudiado y resuelto, en varios casos litigiosos, por la Comisión y el Tribunal y da do motivo a la aplicación del derecho de reparación.

El derecho a ser informado requiere que los elementos sean precisos y lo más detallados posible. Este derecho implica, naturalmente, la necesidad de un proceso equitativo, garan tizado por el artículo 6, es decir que toda persona tiene derecho a una intervención judicial equitativa, en un "plazo razonable" y por un tribunal "independiente" e "imparcial" (Asunto 343/57).

(45) En cuanto a la extradición es preciso tener en cuenta la labor que el Consejo de Europa ha efectuado. "Convenio europeo sobre extradición" hecho en París el 13 de Diciembre de 1957, así como el Convenio sobre la represión del terrorismo firmado el 27 de Enero de 1977. Véase Doc. H (81) 1, pág. 21 y Recommendation du Comité de Ministres n-R (80) 9. Véase Asunto "Lynas contra Suiza", n° 7317/75 en Décisions et Rapports 6, pp. 141-166. Asunto "X contra Bélgica" n° 7256/75, en Décisions et Rapports 8, pág. 161.

La información no tiene que ajustarse forzosamente a una forma específica (46). Por otra parte los motivos que justifican la detención y, por supuesto conforme al artículo 5 (1) c, no es preciso que sean "expuestos en el texto de la decisión que autoriza la detención". Es suficiente que ésta se exprese en "términos generales" respecto a los motivos.

Es más relativa la doctrina establecida por la Comisión sobre la exigencia de que el detenido sea informado en una lengua que comprenda. En el asunto 3040/67, se declaró que el recurrente detenido con vistas a un procedimiento de extradición debía disponer de la asistencia de un intérprete durante el interrogatorio. En cambio, en el asunto 2689/65 la Comisión desestimó la invocación del recurrente sobre el mismo tema, porque si bien la orden de detención se había redactado en un idioma que no comprendía el interesado, pudo comprobar que inmediatamente después de efectuada la detención el juez instructor interrogó al recurrente en su lengua materna.

Los recurrentes aducen la ilegalidad de la detención por la falta de información sobre los motivos del arresto. En general, han sido múltiples las reclamaciones por deficiente información sobre las causas de la detención. Y diversas, también, son las alegaciones de los Estados sobre inadmisibilidad de las demandas por la falta de agotamiento previo de los recursos internos, en los casos de detención (47).

(46) Asunto 343/57 contra Dinamarca, en *Annuaire...*, vol. II, pp. 412-462.

(47) En *Annuaire...*, vol. X, pág. 518. Y Asunto "Delcourt c. Bélgica", en *Recueil des décisions*, 22, pág. 67. y *Annuaire...*, vol. X, pág. 238.

La Comisión suele declarar la admisibilidad de la demanda, cuando los recurrentes no tienen probabilidades razonables de éxito en la interposición de los recursos internos para reclamar contra la ilegalidad de su detención ante los Tribunales internos (48).

f) La noción polémica del "plazo razonable" del artículo 5 y la opinión del Tribunal europeo.

Cabe pensar, en fin, que una de las cuestiones más debatidas, por la doctrina y la jurisprudencia europea, es la que concierne a la determinación del "plazo razonable". El artículo 5 hace varias precisiones en este punto con relación a las detenciones. Para ser informado se requiere "el plazo más corto". Debe ser juzgado "en un plazo razonable". El pronunciamiento sobre los recursos debe ser "en breve plazo" (párrafos 2, 3 y 4).

La misma significación del "plazo razonable" puede variar según el precepto del Convenio de que se trate. Se alude, en este sentido, al artículo 6 (1) la vista de la causa -y al párrafo 3 del artículo 5, -conducir inmediatamente al detenido ante el juez-. Es opinión bien compartida, la de que en el segundo caso (49), se debe entender el plazo en el sen-

(48) Asunto n° 4741/71 en Recueil des Décisions, 43, pág. 14.

(49) No parece razonable ver prolongado el procedimiento en el supuesto de que una persona se halle privada de

tido más estricto posible. La dificultad de la interpretación objetiva y de lo que debe entenderse por plazo razonable es bien notoria.

La apreciación del carácter razonable del plazo es natural que sea lo más "restrictiva" posible, con relación a las personas detenidas que deben ser conducidas inmediatamente ante un juez u otro magistrado habilitado por la ley, en atención a los graves inconvenientes que se derivan para el inculcado detenido y la trascendencia del proceso penal en contra suya. Así lo entendió la Comisión en el asunto Köpflinger.

El Tribunal también hubo de manifestarse sobre el tema, entre otros, en los asuntos Stögmüller y Matznetter. A su juicio, la disposición sobre el derecho a que la causa sea vista en un plazo razonable además de la equidad y de la imparcialidad -(párrafo 1 del artículo 6) tiende a evitar que la persona inculpada permanezca en exceso en la situación de incertidumbre respecto de su suerte. Y se refiere a todos los justiciables, protegiéndoles contra la excesiva lentitud del procedimiento (50).

.../...

su libertad que si no lo estuviera. En este sentido Robertson, A.H., Ob. cit. pp. 50 y ss. Y Asunto Wemhoff, Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 7, 1968, parfs. 4-5.

(50) Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 9, 1969, párrafos 1-16. Informe en el asunto Matznetter, Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, pág. 33.

En cambio, el conducir al detenido inmediatamente ante el juez para ser juzgado en un plazo razonable (art. 5 (3)) se refiere sólo a los detenidos, ("aux seuls prévenus détenus"), situación que exige una diligencia particular del procedimiento que les afecta; el párrafo 3° sólo se aplica a las personas no sospechosas de haber cometido una infracción y detenidas en espera de ser juzgadas (51).

La prolongación del período de instrucción puede ser irreprochable, pero el período de detención nunca podrá exceder el plazo considerado razonable y entendido de modo restrictivo. Por ello, se ha podido decir que la norma del artículo 5 (3) es una disposición independiente. Produce sus propios efectos con independencia de los hechos que motivaron la detención o de las circunstancias que ocasionaron la prolongación del procedimiento.

La finalidad de la disposición ha sido claramente establecida por el Tribunal con motivo del asunto Wemhoff. El término razonable se refiere al período en que una persona "tiene derecho" a ser juzgada, porque una interpretación gramatical podría conducir a las autoridades judiciales a optar entre la obligación de realizar el procedimiento hasta la sentencia en un plazo de tiempo razonable y la de liberar al acusado, si es necesario, mediante ciertas garantías.

Esta interpretación fluída no ha sido aceptada por el Tribunal. Si, en cambio, las autoridades judiciales tuviesen

(51) Raymond, J.: Ob. cit. párrafo 61 y Doc. D.D.H. (81) 1, pág. 13.

la facultad, mediando la liberación de los acusados, de proseguir los procedimientos más allá del plazo razonable, se contradeciría formalmente la disposición del artículo 6 (1) (52).

Y es de advertir que el artículo 5 permite, en la práctica, ciertas limitaciones al principio, tratándose de derogaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, que exige la represión de las infracciones. Pero, aun en esta hipótesis, se condenan los excesos y el abuso, siempre que no se prolongue durante un lapso de tiempo considerable.

Las circunstancias del período de detención de una persona sometida a los tribunales nacionales, procedimiento que eventualmente se proseguirá ante el Tribunal europeo -deben examinarse y determinarse cualquiera que fuese la causa. Y habrá de precisarse si el período transcurrido antes de pronunciarse la sentencia sobrepasó en cualquier momento los límites razonables, es decir, si al inculpado se le impuso un sacrificio mayor del que podía haberle sido impuesto, dadas las circunstancias del caso, a una persona que se presume inocente (53).

(52) Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 7, 1968, pág. 23.

(53) El sentido del párrafo 3 del art. 5 exige que la detención de los acusados no puede ser prolongada más allá de los límites razonables: "ne peut être maintenue au delà des limites raisonnables" "must not be prolonged beyond a reasonable time".

El período de detención que debe conformarse a la exigencia del "plazo razonable". Ha sido definido, en cierto sentido, por la Comisión al considerar:

"la comparecencia del acusado ante la autoridad judicial, como término final de la detención".

Esta interpretación ha sido criticada. Los textos inglés y francés del Convenio tienen matices diferentes. Y debido a que ambos textos dan fé y, conforme a una jurisprudencia internacional establecida, corresponde interpretarlos al Tribunal europeo, éste debe tratar de conciliarlos en la medida de lo posible.

En realidad, el texto del Convenio suscita pareceres distintos. Dice así:

"Toda persona detenida tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad durante el procedimiento" (art. 5 pfo. 3).

La palabra "trial" que aparece dos veces en el texto inglés designa el proceso y no el comienzo del proceso; la expresión "entitled to trial" no significa necesariamente "entitled to be brought to trial" y, el contexto "pending trial" parece exigir la liberación antes de la iniciación del proceso, antes de su apertura.

En cambio, en el texto francés parece más clara la obligación de liberar al detenido en un plazo razonable de tiempo y subsiste mientras el acusado no es juzgado, es decir, hasta el momento en que se dicte la sentencia.

Por su parte, el artículo 5 protege, en todo caso, a los presuntos infractores, frente a las detenciones preventivas excesivamente prolongadas hasta el momento en que se pronuncia la sentencia, no limitándose al momento en que se comienza el proceso (Wemhoff, Ringeisen) (54).

La expresión comentada, "puesta en libertad durante el procedimiento", es muy genérica y puede entenderse que comprende tanto el proceso en curso ante la jurisdicción competente, como el llamado período de instrucción.

Calificar o determinar con precisión el período razonable de tiempo puede variar, por consiguiente, con arreglo a la naturaleza del litigio concreto. Esta es la razón de las frecuentes indagaciones del Tribunal europeo sobre la materia.

Las autoridades internas tienen, ciertamente, la obligación de llevar a cabo el procedimiento que afecte a personas detenidas con la "máxima diligencia". Pero esta definición de la diligencia debida no se presta a estipulaciones de carácter genérico. Por ello, el Tribunal desciende al examen metódico de los argumentos presentados por las autoridades internas, con el fin de enjuiciar la prolongación de la detención del recurrente y ver si los motivos alegados son significativos y suficientes para demostrar que la detención no fué prolongada irracionalmente, de modo contrario al artículo 5 (3). Entre las causas que el Tribunal ha considerado

(54) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 7, 1968, párrafos 4-5.
Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 13, 1971, párrafos 100-109.

justificativas de la detención, dentro del "plazo razonable", se encuentran las del peligro de huida, la destrucción de pruebas por parte del recurrente, etc, (Wemhoff) (55).

La destrucción de pruebas se consideró razón justificativa en vista de la naturaleza de las infracciones y la extrema complejidad del asunto en litigio.

En los referidos supuestos, el examen crítico del Tribunal recae no sólo sobre la actuación de las autoridades internas, sino igualmente sobre la actitud que el recurrente adopte durante el procedimiento.

El acusado detenido tiene derecho, desde luego, a que su asunto sea tratado con prioridad, con una especial celeridad. Pero, en contrapartida, se le exige que no entorpezca los esfuerzos de los jueces tendentes al esclarecimiento de los hechos denunciados, y que proporcione tanto al ministerio fiscal como a la defensa, las facilidades necesarias para la aportación de pruebas y presentación de sus argumentos (56).

(55) Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 7, 1968, párrafo 4-5, véanse Asuntos n° 2894/66 en Annuaire..., vol. IX, pp. 564-569 y asunto n° 4960/71, Recueil des Décisions, 42, pp. 49-55.

(56) El Tribunal debe apreciar si hubo o no una conculcación del Convenio, en virtud de los motivos que se aduzcan en las decisiones relativas a las demandas de puesta en libertad provisional, así como en base de los hechos señalados y no controvertidos por el recurrente en su reclamación. Asunto Neumeister, sentencia de 27 de Junio 1968. Véase "Derecho" párrafo 5 y en el asunto Wemhoff, sentencia de la misma fecha, De-

3. El derecho especial de reparación por infracciones
contra la libertad de las personas (art. 5º, pfº 5).

El tema del plazo razonable reviste, además, una significación especial en materia de reparación, al igual que las demás infracciones contra la libertad. Cuando el Tribunal estima que el período no fue razonable, puede resolver a favor de la víctima su petición de reparación. En efecto, el Tribunal ha declarado, más de una vez, la existencia de violación por la prolongación excesiva del período de detención provisional (57).

.../...

recho, párrafo 12. La Comisión estableció siete criterios acerca del carácter favorable o no a la duración de la detención matizando que la importancia de los criterios variaría según las circunstancias. Este sistema no fue aceptado por el Tribunal en base de los siguientes motivos: 1) el deber del recurrente de agotar los recursos internos; 2) del examen contradictorio de los argumentos que le fueran presentados por las partes en el litigio y en atención a las circunstancias específicas del caso que pueden ser de una variedad extrema y en base de todo ello se pronuncia sobre la razonabilidad.

Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 7, 1968, pp. 23 y ss. "La duración de la detención preventiva no es en sí misma decisiva en el contexto del art. 5 ya que no se podría traducir la noción de plazo razonable en un mínimo fijo de meses o años" así lo manifiesta el Tribunal en el Asunto Stögmüller, sentencia de 10 de Noviembre de 1969. En Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, 1969, pág. 40. Y véase en cuanto a la Comisión, Asuntos Berberich contra R.F.A., n° 5874/72 en Annuaire..., vol. XVII, pp. 386-422 y Levy contra R.F.A., n° 6066/73, en Annuaire..., vol. XIX, pp. 952-982 y Haase contra R.F.A. decisión de 12 Julio 1977 en Décisions et Rapports, 11, p. 78 y ss. Y Resolución del Comité de Ministros DH (78) 2, Constata y ratifica la no violación.

(57) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, 1968, n° 8, párfº 7.

Sin perjuicio de referirnos más adelante a la práctica, de la reparación, interesa simplemente señalar aquí que el Tribunal consagra la reparación por las violaciones del artículo 5, según su propio párrafo n° 5 (58).

Este derecho concierne a cualquier daño o pérdida que el requirente hubiera sufrido por el hecho de la detención y las infracciones de los distintos derechos de la persona humana que el Convenio reconoce en relación con la libertad y la seguridad humana. Debemos advertir aquí que el Estado puede perdonar una pena, y esta condonación se estima, por su misma naturaleza, una reparación para el requirente por la detención provisional, cuya duración había sido declarada superior a un plazo razonable y, por ello, contraria al artículo 5, párrafo 3 del Convenio (59).

(En el caso concreto, el perdón del resto de la pena comprendía un período un poco superior a la detención provisional ilícita: ésta se había extendido durante dos años y dos meses). Correspondía al Tribunal -según la Comisión- deci

(58) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A (Question de l'application de l'article 50) 1972, n° 14, párrs. 37 y ss.

(59) La Comisión no puede decidir la cuestión de la aplicación del art. 5 (5) sin que el Tribunal o el Comité de Ministros hayan decidido sobre la violación del art. 5 en sus párrafos 1 a 4. En este sentido, Asunto n° 5560/72 contra Austria en *Annuaire...*, vol. XVI, pág. 172.

dir si esa condonación equivalía o constituía la compensación equitativa, según el artículo 50 "o si había lugar a prever, además, una reparación pecuniaria" (60).

Se entiende, pues, que el perdón de una pena repara, sin duda, "en una gran medida" el perjuicio causado por la duración excesiva de una detención provisional. Pero se da, asimismo, a entender, que se puede, además, contemplar una "compensación complementaria" por la detención, que engendra la violación del artículo 5, párrafo 3.

"El hecho de deducir de la duración de la pena privativa de la libertad infligida a un individuo la de la detención sufrida por él a título provisional, debe, sin duda, ser tomada en consideración cuando se trate de apreciar la extensión del daño

(60) Véase "Recommandation n° R (80) 11 du Comité des Ministres aux Etats Membres concernant la detention provisoire". Aprobada por el Comité de Ministros el 27 de Junio de 1980, en su 321^{ava} sesión a nivel de Delegados de Ministros. Véase Doc. 4579 Rapport. Statuaire 3 Septembre 1980 (2^{eme} Partie 32, Ses. Ord. Septembre-Octobre, 1980), Doc. 4579, pp. 75-79. En cuanto a las posibles medidas que podrían sustituir la detención preventiva. Véase Hulsman: "Le conseil de l'Europe se prononce sur la detention préventive" en Cahiers de droit européen, 1966, pp. 271-277. Asimismo Velu, J.: "Le régime de l'arrestation et la détention préventive, à la lumière de l'évolution du droit international" en Revue de Droit pénal et de criminologie 1965-1966, pp. 683-774. En cuanto a la actividad del Consejo de Europa para el desarrollo del Derecho Penal Europeo. Centre d'études européens: "L'amélioration de la justice répressive par le droit européen". Respecto del Derecho Pe-

derivado de la prolongación excesiva de dicha detención; no tiene, por tanto, el carácter de una "restitutio in integrum", porque "no cabe libertad devuelta en reemplazo de la libertad irregularmente privada" (61).

El razonamiento contrario -libertad por libertad- llevaría, según el Tribunal, a restarle al artículo 5, párrafo 3 una gran parte de su eficacia, "al menos en el caso en que la persona detenida provisionalmente más allá de un plazo razonable resultase, en lo sucesivo, reconocida culpable" (62).

.../...

nal europeo, pp. 52-57. Véase asimismo "Bulletin d'Information sur les Activités juridiques de Conseil de l'Europe ou dans les Etats membres". Junio 1980, n° 7.

- (61) El Tribunal en el párrafo 21 de la Sentencia del Asunto Neumeister, cit., no aceptó el criterio gubernativo que defendía la "restitutio in integrum" le fue concedida al recurrente por la deducción de la pena que le fue efectuada, para evitar que se reduzca la eficacia del citado párrafo. Véanse asimismo los Informes de la Comisión en los asuntos "Ventura contra Italia" y "Bonazzi contra Italia" "Schertenlieb c. Suiza" Doc. D (80) 3, pp. 2-3. Publ. Cour. Eur. Série B, vol. 15, 1971-1974, pp. 30 y ss. Tesis de la Comisión, pp. 97-98. y Sentencia de 22 de Junio de 1972, pp. 97-98, 111 y 117.
- (62) Sentencia de 27 de Junio de 1968, pp. 9-17, 30-32, 40-55, 65, 89-98.

La Comisión, por su parte, considera aconsejable otorgar una "cierta reparación pecuniaria" en el caso de violación del artículo 5, párrafo 3, a pesar de haberse dado el perdón de la pena, para compensar el tiempo de la detención ilícita (63).

En apoyo de este criterio, se recuerda que la detención provisional que supere un plazo razonable afecta a la presunción de inocencia -enunciada en el artículo 6 párrafo 2- y que es, en sí misma, poco deseable. Y, además se señala el peligro de que la simple imputación de la detención provisional sobre la pena, lleve a los Tribunales a desvirtuar el valor verdadero de las penas, ajustándolas a esa crítica posibilidad (64).

(63) Véase asimismo asunto *Bonnechaux G. contra Suiza*, n° 8224/78 detención preventiva que duró más de dos años, infringía el Convenio. En cuanto a la puesta en libertad durante el procedimiento véase Asunto *Neumeister*; sentencia de 1968, párrafo 37 y Doc. D.D.H. (81) 1, pp. 13-15. Y Sentencia de 27 de Junio de 1968, pp. 100-102.

(64) La Comisión declara que la detención es regular aun en el supuesto de que el detenido recurra contra la decisión que dicta su condena, porque el legislador es libre para ordenar si una vía de recurso tiene o no carácter suspensivo. Véase asimismo Asunto "*Ringeisen*" (interpretación de la Sentencia de 22 de Junio de 1972). Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, 1973, n° 16, párrafos 12-15.

La eventual reparación del daño o pérdida causados al requirente, en caso de detención ilícita, se basa en la prolongación de su detención provisional más allá de un plazo razonable. Naturalmente, la reparación de estos daños indirectos exige que el requirente suministre pruebas suficientes de los perjuicios alegados y, a su vez, habría que clarificar bien si estos daños resultan, efectivamente, de su detención provisional (65).

La Comisión interpretó una sentencia del Tribunal en el sentido de no excluir la posibilidad de una indemnización por los daños indirectos provenientes de una violación (art. 5 pfo. 3) del Convenio.

Entendía que el "Tribunal" aspiraba, ciertamente, a someter a "criterios severos" la manera de pedir y conceder tal clase de indemnización.

Tratándose de la violación del artículo 5, párrafo 3, la Comisión considera aceptable la concesión de una indemnización por daños indirectos, "calculando su importe a partir del momento en que la detención deja de ser razonable". Y es justo pensar así, porque la detención provisional, dentro de ciertos límites, suele ser justificada en todos los ordenamientos jurídicos democráticos.

(65) Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 15, 1971-1974, pp. 31-32 y 68. Y Asunto Krzycki contra R.F.A., n° 7629/76, en Annuaire..., vol. XX, pp. 565 y ss. y 570-572.
Véase asimismo la confirmación de la no violación ratificada por el Comité de Ministros. Resolución DH (78) 4.

No toda detención es contraria al artículo 5 párrafo 3. Los párrafos 1 c) y 3 del artículo 5 obligan a distinguir entre los motivos de la detención y su propia duración o la infracción del plazo razonable.

El Tribunal acostumbra a determinar con exactitud la fecha en que, a su juicio, deja de ser razonable la detención. De ahí que la Comisión aconseje la indemnización de los daños indirectos no en razón de la detención por sí misma -justificable por sus orígenes tanto en Derecho interno como según el Convenio- sino en cuanto y desde el momento en que se genere la violación -la excesiva duración o prolongación.

Naturalmente, los daños indirectos deben ser probados, y bien probados. Así lo aconseja la Comisión y lo sentenció el Tribunal, de conformidad con la práctica arbitral y judicial internacionales. En teoría, existe armonía. La dificultad del tema, por tratarse de hechos, reside en la evaluación en cada caso concreto. De ello se deriva la importancia de la prueba, en cuya estimación pueden entrar múltiples factores. Por ello, se suele hablar de "reparación complementaria", por la violación del artículo 5, párrafo 3, en los casos de privación de libertad: duración efectiva, gastos de la defensa, perjuicios derivados, reputación, salud, etc. (66).

Cuando la violación se refiere al artículo 5, es su párrafo 5 al que debe de aplicarse como -lex specialis-; el re-

(66) Publ. Cour. Eur. D.H., Série B, vol. 15, pp. 52, 74, 98-102, y Sentencia de 22 de Junio 1972, en asunto "Ringeisen".
Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 17, pp. 98-99.

quirente ha de invocar el Derecho interno que garantiza el derecho de reparación a toda persona privada de libertad en violación del artículo 5 (67).

La infracción del Convenio puede justificar la demanda de reparación plena, aunque la "restitutio in integrum" resulte prácticamente imposible, como sucede con la privación de libertad en los supuestos de detención provisional excesiva (art. 5 párrafo 3).

Como ha dicho el Tribunal, no cabe, físicamente, la reintegración plena de la privación irregular de libertad.

Al margen de esta imposibilidad física, la víctima de una duración excesiva de su detención provisional puede requerir plena reparación por los daños materiales y morales que hubiera sufrido. Sobre este punto, el Tribunal, aceptando con determinación el principio general, se muestra muy riguroso en lo que concierne a la prueba del daño sufrido.

En efecto, en el asunto Ringeisen, el requirente formuló una serie de reclamaciones relativas a daños financieros causados, según el interesado, por la detención. Y el Tribunal estableció dos consideraciones importantes sobre esta cuestión: necesidad, primero, de prueba concluyente de los perjuicios alegados y, segundo, la conexión indispensable y manifiesta del daño alegado con el hecho ilícito "que sea la consecuencia de la violación". Se trataba, en el caso concreto, de la "detención provisional" excesiva.

(67) La tesis del gobierno austríaco en el asunto Neumeister, Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, 1971-1974, pp. 9-17, 53-56, y 119-126.

Las mismas condiciones fueron exigidas respecto a la demanda de reparación por "grave alteración de salud" que se decía dimanar del hecho de la detención. Se precisaba, para ello, aportar el dictamen de expertos "u otro medio de prueba" del que resultase clara la conexión entre la detención y la alteración de la salud.

A veces, "las circunstancias" específicas que han concurrido, en el caso concreto, pueden compensar, "en cierta medida", el perjuicio alegado. Es de recordar, en este sentido, la estimación precisa realizada en el Asunto Ringeisen:

"El Tribunal no pierde de vista que Ringeisen ha sido declarado culpable y condenado a una pena de reclusión más larga que su detención provisional; se ha beneficiado de la imputación integral de la duración de la segunda sobre la de la primera y ha estado sometido, durante la detención, a un régimen menos riguroso que el que hubiera entrañado la reclusión" (68).

Teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, el Tribunal concluyó admitiendo que el requirente, considerándose inocente, pudiera sentir como una "grave injusticia la detención provisional tan excesiva". Y, después de apreciar y ponderar todos los elementos de hecho existentes en el asunto, el Tribunal resolvió "que procedía conceder a

(68) Ibidem, pp. 43, 55, 89 y 100. Y Asunto de "Vagabundeo" Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, (Question de l'application de l'article 50) 1972, n° 14, párrafo 16 in fine.

Ringeisen una compensación equitativa", y fijó "en veinte mil marcos la indemnización global que, por esa razón, debía de serle abonada" (69).

En consecuencia, el carácter razonable o no de la prolongación de la detención debe ser valorado de conformidad con las circunstancias concretas del asunto.

La Comisión aprecia los motivos invocados por las instancias nacionales e informa si los considera pertinentes y suficientes para probar que la detención no ha excedido los límites razonables (70).

Porque la prolongación del procedimiento puede derivar de la falta de diligencia de las autoridades internas o de la propia complejidad del asunto o de la actitud del recurrente. Por eso, la Comisión entiende que la duración de la detención no puede ser examinada de forma separada del conjunto del procedimiento. (Asunto Haase contra República Federal de Alemania (71).

(69) Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, vol. 17, (question de l'application de l'article 50), párrafos 28-31. Asunto Neumeister. Publ. Cour. Eur. D.H. question de l'application de l'article 50). Série A, n° 17, 1974, párrafos 37-41.

(70) Ibidem, párrafo 44. Véase asimismo. Asunto Ringeisen, Publ. Cour. Eur. D.H. (question de l'application de l'article 50) Série A, vol. 15, párrafos 14-27.

(71) Asunto "Wemhoff" sentencia de 27 de Junio de 1968. Asunto "Neumeister" sentencia de 27 de Junio de 1968,

En consecuencia, es ilógico pensar que la privación de libertad, ilícitamente sufrida, pueda ser objeto de una "restitutio in integrum" que no justifique reparación material alguna. Este criterio no es una mera elucubración teórica, pues ha sido una tesis oficialmente sostenida para eludir la debida reparación. Conviene destacar finalmente la inseguridad que aportaría al sistema de la protección de las libertades fundamentales del hombre.

En efecto, se ha sostenido que la privación de libertad puede, en el supuesto de detención provisional excesiva, ser objeto de reparación plena, cuando el período de detención es subsumido y tenido en cuenta por el Estado, si se le computa al interesado en el período de la pena de reclusión infligida. Cuando el tiempo pasado en detención provisional es asimilado a una parte de la pena, resultaría integralmente reparado el daño causado por la violación del artículo 5, párrafo 3 (72).

.../...

Asunto "Haase contra República Federal de Alemania y Asuntos n° 222/56, n° 297/57 y Asunto n° 530/59, decisión de 4 de Enero de 1960 de la Comisión.
Y sentencia de 10 de Noviembre de 1969, Derecho, párrafo 3.
Kiss, A. CH.: su comentario en *Annuaire Européen*, vol. XVI, 1968, pp. 922-925.

- (72) Asunto "Wemhoff", Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 7, párrafos 4-17. Asunto Neumeister, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 8, párrafos 7-12, y Asunto "Stögmüller", Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 9, 1969, párrafos 3-5. Asunto "Lawless" Publ. Cour. Eur. D.H. Sé-

.../...

Incluso se ha agregado que el interesado resulta beneficiado por esa clase de reparación. Porque la detención provisional ofrece ciertas ventajas con relación a la detención penal, y al ser esta última reducida por aquélla, se mejora la suerte del interesado. En tal supuesto, según la teoría estatal, no existe base para reclamar una indemnización suplementaria por la primera detención. No existiría vínculo de causalidad entre el supuesto daño y la violación del artículo 5, párrafo 3 (73). Ese razonamiento estatal, aun siendo sutil, no resulta válido.

En los casos de privación de libertad, puede ocurrir que, realmente, la reparación plena de la privación de libertad sea posible. Sería el caso de la detención provisional que no fuese contraria al Convenio, existiendo como existe la privación de libertad autorizada por el mismo. La detención provisional irregular no es susceptible, por su naturaleza, de ser amputada por la disminución de la pena regular de reclusión. Equivaldría a admitir que la ilicitud primera se con-

.../...

rie A, 1961, n° 3, párrafo 12, Asunto "Matzenetter", Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 10, 1969, párrafos 2-12, pp. 31-35. Asunto de "Vagabundeo" Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, 1971, párrafo 71 y por último Asunto "Irlanda contra Gran Bretaña", Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 25, 1978, párrafo 199.

- (73) Asunto "Neumeister", Publ. Cour. Eur. D.H. (Question de l'application de l'article 50), Série A, n° 17, párrafos 28-31 y Asunto de "Vagabundeo" Publ. Cour. Eur. D.H. (Question de l'application de l'article 50). Série A, n° 14, 1972, párrafo 16 in fine.

vertiría en licitud después. En tal situación no se puede hablar de "restitutio in integrum", de "libertad contra libertad".

La expresión quiere indicar que el dinero no compensa la pérdida de la libertad y se reemplaza, en lo posible, la libertad perdida por la misma libertad recibida.

La competencia del Tribunal, en casos de privación de libertad y en razón del artículo 50, puede existir cuando el derecho interno no ofrezca la posibilidad de reparar los daños eventualmente sufridos, los perjuicios conexos, los perjuicios ligados a la privación de libertad contraria al Convenio. Si, por el contrario, la ley interna sobre la responsabilidad pública del Estado permite reclamar una indemnización por privación ilegal de libertad, el requirente debiera de hacer uso pleno de esa posibilidad o, al menos, intentarlo antes de apelar al Tribunal (74).

Por ello, no cabe afirmar que el artículo 5 del Convenio no produce efectos directos en el orden jurídico interno de los Estados-Partes. Esto no tiene duda, porque el recurso previsto por el párrafo 4 del citado artículo no puede existir sin que lo haya establecido un órgano competente del Estado. (Toda persona privada de libertad tendrá derecho a presentar un recurso ante un Tribunal).

Pero ello no puede eximir a los requirentes de reclamar ante los tribunales judiciales internos una indemnización en razón de la violación del referido artículo.

(74) Ibidem, párrafos 18-25.

Porque, si demuestran la existencia de un perjuicio dimanante de la violación, tendrían derecho a la indemnización en virtud del artículo 5, párrafo 5, que es directamente aplicable en el orden jurídico interno de los Estados contratantes.

Por otra parte, teniendo el Estado que reconocer la ilicitud de la situación anterior a la sentencia condenatoria del Tribunal europeo, es natural que los tribunales internos no deban manifestar resistencia a sancionar, si hay lugar a ello, la situación ilícita con la concesión de una indemnización a cargo del Estado. Naturalmente, los requirentes tendrán, entonces, que demostrar y probar la existencia del perjuicio alegado. Porque, si no ha habido efectivamente perjuicio, los requirentes no pueden ser considerados como "partes lesionadas" (75).

(75) Ibidem, párrafo 24.

I I

INTERRELACION DE LOS ARTICULOS 5 Y 50 DEL CONVENIO
Y EL DEBER DE COMPENSACION EQUITATIVA A LA PARTE
LESIONADA.

1. La autonomía del Estado y el control europeo en
el ejercicio del derecho de reparación.

Hemos visto que el Convenio europeo consagra, de manera explícita, el concepto de "reparación" como la consecuencia natural en Derecho interno e internacional, de la responsabilidad generada por la infracción de sus normas en vigor. Este principio, básico en todo ordenamiento jurídico, se estipula, con claridad, en el artículo 5, párrafo 5 y en el artículo 50 del Convenio.

El artículo 5, párrafo 5, habla precisamente del "derecho de reparación" o "derecho de compensación" textos francés e inglés, respectivamente. Y el artículo 50 se refiere, a su vez, al deber de dar satisfacción "equitativa" o "justa", textos francés e inglés respectivamente, en el caso de ser violado el Convenio.

El derecho de reparación del artículo 5 parece, a primera vista, circunscribirse esencialmente a los supuestos de arresto o detención ilegal, en "condiciones contrarias a las disposiciones" de dicho artículo. En realidad, el artículo 5 tiene un alcance más amplio y protege, de modo genérico "la libertad y la seguridad" de las personas. Consagra el principio fundamental de que "nadie puede ser privado de su liber-

tad" de forma arbitraria (76).

El principio genérico de la libertad individual es objeto, naturalmente, de diversas excepciones, pero éstas son reguladas de modo riguroso por el propio artículo 5. La enumeración de las excepciones reviste un carácter exhaustivo. Establecidas las excepciones, esto es, la legalidad de las "detenciones regulares", se registran, enseguida, las condiciones que han de ser observadas en todos los casos de privación de libertad, cuyo incumplimiento motiva y justifica el derecho de reparación (77).

Con arreglo a los trabajos preparatorios del Convenio, la finalidad perseguida por el párrafo 5 del artículo 5 consiste en facilitar a la persona víctima de una detención ilegal el incoar una acción por causa de la detención sufrida. La acción será dirigida contra las autoridades internas responsables (78).

(76) El art. 5 en su párrafo 5 dispone: "Toda persona víctima de arresto o detención en condiciones contrarias a las disposiciones de este art. 5, tiene el derecho a reparación". Recueil des Textes, pp. 104 y 112.

(77) Informe de la Comisión en el asunto "De Becker", en *Annuaire...*, vol. II, pp. 202 y ss. Sentencia de 8 de Junio de 1976, en el asunto "Engel y otros contra Países Bajos". Publ. Cour. Eur. D.H. (Question d'application de l'article 50), párrafo 57.

(78) La enumeración de las excepciones reviste un carácter exhaustivo. Sentencia 8 Junio 1976, pfo. 57.

El criterio reparador del artículo 5 ha de ser interpretado en el sentido de que impone la obligación a las Partes contratantes de asegurar a las personas, merced a sus ordenamientos internos, los recursos o remedios necesarios contra cualquier clase de arbitrariedad cometida en el arresto o detención individual (79).

El prestigioso magistrado internacional H. Mosler, ha dicho, certeramente, que si se realiza un estudio comparativo entre las disposiciones de Derecho nacional y de Derecho internacional sobre los derechos del hombre, el concepto de reparación del artículo 5 se podría encuadrar en la categoría de "leyes y procedimientos autónomos del Derecho nacional cuya aplicación, en un caso concreto, es supuesta por un artículo del Convenio"; en otras palabras, supuestos en que el Derecho nacional autónomo es un elemento constitutivo de una disposición del Convenio. Las leyes nacionales deberán respetar la substancia del derecho estipulado por el Convenio. Por ejemplo, el artículo 12 faculta al Derecho Interno para regular los efectos relativos a los términos "matrimonio y familia" (80).

(79) Doc. CM/WP 4 (50) 19, pág. 15.

(80) Vis, W.: "La réparation des violations de la Convention Européenne des droits de l'homme" (Note sur l'article 50) en: "La Protection internationale des droits de l'homme dans le Cadre Européen". París 1961, pág. 279.
Mosler, H.: "L'influence du droit national sur la Convention européenne des droits de l'homme" en "Miscellanea Ganshof van der Meersch", Bruselas 1972, pp. 521-543.

Las leyes internas, en cambio, no podrán anular el espíritu predominante del Convenio sobre la materia.

Por consiguiente, la competencia del Estado es plena para la regulación de los supuestos autónomos internos, entre los que figura, en principio, el derecho de reparación, ya que el Estado conserva su propia jurisdicción, siempre que la ejerza legalmente, conforme al Convenio. La detención quedaría, pues, sometida inicialmente al Derecho nacional, y el interesado no podrá eludir o prevalerse, en primerísimo término, de una garantía establecida por el Convenio. Por el contrario, si las disposiciones internas infringen las obligaciones que se derivan del texto europeo, o si la aplicación de la normativa interna resulta incompatible con el Convenio, es cuando tiene plena validez la estipulación convencional generadora del derecho a obtener una reparación decretada internacionalmente en favor de la víctima.

Naturalmente, si las autoridades internas han infringido en el caso concreto su propio Derecho nacional, se pone, igualmente, en funcionamiento, la garantía que prevé la primera frase del artículo 5, y los órganos de Estrasburgo se hallan autorizados a intervenir. Procederá, por consiguiente, la invocación del principio del citado párrafo 5, tanto si la actuación del poder público es impugnada por el recurrente, como si éste considera que la legislación interna se hallare en conflicto con el Convenio: actos y normas internos se subordinarán, en cualquier caso, a los criterios establecidos por el Convenio en materia de reparación.

De ahí que se pueda decir que el Derecho nacional regulador de los derechos incluidos en el Título I del Convenio

reviste, en principio, carácter "autónomo", a pesar de que éstos puedan ser directamente aplicables por el Derecho interno del que internacionalmente forman parte. Esto es debido al hecho de que las autoridades nacionales son competentes para ordenar su ejecución en la forma y con arreglo a su procedimiento constitucional vigente (art. 96 (1)) de nuestra Constitución.

"Con este texto la Constitución ha reiterado la forma de la introducción del tratado... El art. 96 (1) de la Constitución hace que el Convenio europeo en su papel de parte del ordenamiento interno, resulte invulnerable ante la ley española. Si alguna ley española se le oponía, quedó derogada por el propio Convenio, salvo las leyes afectadas por las reservas hechas a la ratificación".

El juez español deberá hacer prevalecer el Convenio frente a cualquier ley interna que le fuere contraria. Deberá interpretar el Convenio teniendo presente los textos francés e inglés que dan fé y no la traducción española que puede ser inexacta. Y en su aplicación deberá guiarse por los criterios jurisprudenciales establecidos por el orden jurisdiccional europeo (81).

(81) Martínez Ruíz, L.F., señalaba que: Conforme al art. 96 (1) de la Constitución y el art. 1 (5) del Título Preliminar del Código Civil, el Convenio goza de aplicación "directa". "El rango le viene dado por la di-

Esa inicial autonomía nacional no es, pues, "absoluta", porque no impide el control internacional de los límites del ejercicio de la jurisdicción interna establecidos por el Convenio. Los órganos de Estrasburgo están facultados para examinar la aplicación de una norma nacional cuya existencia presupone el Convenio, y pueden resolver si éste ha sido o no objeto de infracción alguna y, por tanto, si ha sido correcta la aplicación en el supuesto aducido por el recurrente.

En virtud del Convenio, se puede pensar que el juez español desempeña un papel de Juez constitucional, ya que el Convenio es invulnerable ante cualquier ley española; si el juez tuviera que aplicar una ley contraria al Convenio, hará

.../...

námica que para la derogación, modificación ó suspensión de los tratados internacionales establece el art. 96 de la Constitución. Puede invocarse ante el juez español el Convenio". En virtud del mismo el juez español juega un papel de Juez constitucional si tuviera que aplicar una ley contraria al Convenio hará prevalecer el Convenio, negando la aplicación de la ley española por ser contraria al Convenio. Véase la ponencia de Martínez F., que presentó en el Coloquio Internacional que sobre el Convenio europeo de derechos humanos se celebró del 5 al 6 de Noviembre en Madrid: "La posición del juez español ante la Convención europea de derechos del hombre", Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 15-19 en concreto, pág. 16.

Golsong, H.: "L'effet direct, ainsique le rang en droit interne, des normes de la Convention Européenne des droits de l'homme et des décisions prises par les organes institues par celle-ci". En "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen". Colloqué organisé par l'Institut d'Etudes européennes. Bruselas 1978, pp. 59-83.

prevalecer el Convenio, negando la aplicación de la ley española por ser contraria al mismo (82).

2. Significado y evolución progresiva del derecho de reparación.

Expertos y magistrados han debatido y tratado de explicar las razones de la inclusión del concepto de reparación en el comentado artículo 5.

En efecto, el derecho a una reparación o compensación se regula en los supuestos de violación del artículo 5, (párrafos 1 a 4) y, por el contrario, no se incorpora esta facultad en relación a las eventuales violaciones de los restantes derechos contenidos en el ámbito del Título I del Convenio. Para comprender la inclusión del concepto de compensación tan solo en el artículo 5 del referido Título hay que tener presente la existencia de otras importantes disposiciones de ca-

(82) Mertens, P.: "Origines et fondements d'un droit de recours interne en cas de violation d'une norme de droit international". En "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen". Colloqué organisé par l'Institut d'Etudes européennes. Bruselas 1978, pp. 23-51, en concreto, pp. 40 y ss.
Velu, J.: "Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme". En "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen". Ob. cit. pp. 193-242.

racter general en el mismo Título. En este sentido, es preciso referirse, en concreto, al artículo 13. En virtud de este artículo, se exige a los Estados el establecimiento, en sus ordenamientos internos, de un recurso efectivo para todos los supuestos de violación de cualquier disposición del Convenio (83).

La explicación de la inclusión del derecho a una reparación en el artículo 5 se ha querido encontrar, también, en un posible hecho decisivo: de no haberse previsto de forma expresa la concesión de una compensación económica en relación con el artículo 5, se hubiera corrido el riesgo de considerar como remedio adecuado contra una detención irregular la mera puesta en libertad del interesado (84).

Los criterios interpretativos de la Comisión sobre las condiciones necesarias para la aplicación del concepto de reparación del artículo 5 (5) pueden sintetizarse del siguiente modo:

-
- (83) Nedjati, Z.M.: "Human Rights under the European Convention", Amsterdam 1978, pp. 16, 98-99. Jacobs, F.G.: "The European Convention on Human Rights", Oxford 1975, pág. 79. García de Enterría E. y otros: "El sistema europeo de protección de los derechos humanos". Madrid 1979, pág. 79.
 Vasak, K.: "La Convention européenne des droits de l'homme". París 1964 y "Le droit international des droits de l'homme", en Revue des droits de l'homme, 1972, pp. 43 y ss.
- (84) Jacobs, F.G.: "The European Convention on Human Rights" Oxford, 1975, pág. 79.

- 1) La comprobación de la violación del artículo 5 (3). Posteriormente, merced a la labor interpretativa se amplió el criterio, admitiéndose la infracción de cualquier apartado del artículo 5.
- 2) La comprobación que debe, en segundo lugar, ser realizada por un órgano de control.
- 3) El agotamiento previo de los recursos internos, de conformidad con el artículo 26 y con respecto a la reclamación de reparación (85).

Es natural la comprobación de la exigencia básica de haberse dado la denegación por las autoridades internas de la solicitud de reparación.

La Comisión revisó su primitiva interpretación que circunscribía y vinculaba el derecho de compensación al párrafo 3° del artículo 5. Pronto consideró que el derecho de compensación se extendía a cualquier infracción interna de las normas contenidas en los párrafos 1° al 4° del artículo 5. La infracción podía generarse directamente -supuesto de que las disposiciones citadas formasen parte del ordenamiento interno-, o bien substancialmente.

El recurrente al que le fuere denegada la reparación podría presentarse ante la Comisión invocando, en todo caso, el párrafo 5 del artículo 5. Sin embargo, para ello debía de

(85) Nedjati, Z.: Ob. cit. pág. 99.

haber agotado, previamente, los recursos internos (86).

Esta nueva interpretación de la Comisión, bien manifiesta en el asunto de Huber contra Austria, había sido ya esbozada en el asunto 4517/70, cuando la Comisión consideró que el recurrente no había apelado en forma debida ante las autoridades austriacas internas (87).

Es curioso anotar que, en cambio, no declaró inadmisible "ratione materiae" la demanda relativa a la reparación (88).

Esta nueva interpretación más flexible tiende a evitar la excesiva prolongación del procedimiento de reparación, ya que, de lo contrario y muy especialmente si fuese preciso observar las distintas fases del procedimiento antes exigidas (doble control y doble agotamiento internos), se incurriría en una dilación estéril del procedimiento. Este peligro fue apuntado ya por Castberg al analizar la posición que sobre la materia adoptó la Comisión en su Informe del 1 de Abril de 1966, en el asunto Wemhoff (89). En este sentido, cabe señalar

(86) Asunto n° 6821/74: en *Décisions et Rapports*, 9, pp. 65-69.

(87) En *Recueil des Décisions*, 38, pág. 90.

(88) Nedjati, Z.: Ob. cit. pág. 99.
Castberg, F.: "The European Convention on Human Rights" Leyden, 1974, pág. 105.

(89) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 7, 1968, párrafos, 4-17.

un acercamiento en la aplicación práctica de las disposiciones del artículo 5 a la correlativa previsión del artículo 50, que analizamos anteriormente.

Igualmente, se ha venido agilizando en la práctica, la condición y la carga del previo agotamiento de los recursos internos por parte del particular (90).

3. Conexión directa del agotamiento de los recursos internos con el derecho de reparación: artículo 5 párrafo 5.

El Convenio, como es lógico, incorpora el principio clásico del Derecho internacional común de la necesidad de agotar los recursos internos previamente a la formulación de reclamación alguna en el plano internacional. El simple hecho del agotamiento por el individuo de los recursos internos

(90) En el asunto n° 5525/72 contra Suecia, en el que la Comisión se vió obligada a declarar la inadmisibilidad debido a que el recurrente no había apelado en el orden interno sin que pudiera comprobar que hubiera sido coaccionado a tal efecto. En Recueil des Décisions, 43, pág. 111; asimismo en los asuntos n° 4802/71 y 4771/70, en las demandas de reparación por despido improcedente no habían agotado los recursos internos, al no haber apelado ante el Tribunal administrativo de apelación. En Recueil des Décisions, 42, pág. 35 y en el asunto "Kamma" en Annuaire..., vol. XV, pp. 398 y ss y en Recueil des Décisions, 42, pág. 14. En los asuntos n° 5078/71 y 5172/72 contra la República Federal de Alemania y n° 6452/74 contra Italia, por no haber presentado los demandantes el oportuno recurso constitucional. En Recueil des Décisions, 46, pág. 35 y Recueil des Décisions, 44, pág. 125 y por último "Sacchi contra Italia" en Décisions et Rapports, 5, pág. 43.

no es, claro está, causa suficiente por sí sola para atribuir la reparación. Es causa, desde luego, suficiente para invocar el derecho de reparación ante los órganos encargados de la aplicación del Convenio (91).

Hemos razonado ya que la necesidad individual del agotamiento previo de la vía judicial interna para la reclamación de reparación es conforme, en principio, con el artículo 26 del Convenio y con las normas del Derecho internacional común. Sin embargo, su aplicación por los órganos del Convenio ofrece matices peculiares y distintos de los característicos de otras jurisdicciones internacionales.

La Comisión, al examinar la concurrencia de este requisito, ha considerado la necesidad de declarar la inadmisibilidad de reclamaciones por el no agotamiento de los recursos internos en muchos asuntos (92).

(91) El art. 5 en su párrafo 4 dispone: "Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal". Recueil des Textes, pp. 103-104 y respecto del art. 26 y 27 (3), pág. 108.

(92) Cabe citar los siguientes asuntos, sin carácter exhaustivo: Asunto n° 7464/76 contra Austria en Décisions et Rapports, 14, -pp. 51 y ss. Asunto n° 6049/73 contra R.F.A. en Décisions et Rapports 1, pág. 56. Asunto n° 6965/75 contra Austria en Décisions et Rapports, 5, pág. 130. Asunto "Donnelly y otros contra Gran Bretaña", n° 5577/72 - 5583/72 en Décisions et Rapports, 4, pp. 4, y 86-87. Asunto "Huber contra Austria", n° 4517/70 en

Baste referirnos por su claridad a la demanda n° 7975/77 de E. Bonazzi contra Italia: se alegaba el carácter irregular de la detención y la excesiva duración de su detención provisional, antes de que las autoridades internas se pronunciasen sobre la ilegalidad de la misma.

La Comisión estimó, en principio, que el recurrente se hallaba facultado para invocar el artículo 5 por los perjuicios sufridos, pudiendo, en su opinión, hacer valer su derecho a una reparación en base al propio Convenio. Sin embargo, no pudo comprobar la existencia de ninguna circunstancia particular que, de conformidad con los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos y del propio Convenio, pudiera eximir al recurrente de su obligación de plantear la reclamación ante los tribunales internos.

El carácter imperativo de fuerza de ley, que tiene el Convenio en el ordenamiento jurídico italiano, obligaba al recurrente a formalizar, inicialmente, su reclamación de reparación ante las jurisdicciones internas.

La Comisión desestimó la demanda el 13 de diciembre de 1978, invocando el artículo 27. La cuestión del agotamiento previo de los recursos internos, en relación con el artículo

.../...

Annuaire..., vol. XIV, pág. 548. Asunto n° 7434/76 contra Gran Bretaña, en Décisions et Rapports, 9, pp. 103 y ss. Asunto n° 6830/74 contra R.F.A. en Décisions et Rapports, 9, pp. 23 y ss. Asunto n° 4002/69, contra Austria, en Annuaire..., vol. XIV, pp. 178 y ss. Asunto n° 4487/70 contra Austria, en Recueil des Décisions, 38, pp. 80 y ss. Asunto n° 6173/73 en Recueil des Décisions, 46, pág. 180. Asunto "X, Y y Z contra Suiza" n° 6916/75, en Décisions et Rapports, 6, pp. 107, 110 y 113. Asunto 7317/75 contra Suiza en Décisions et Rapports, 6, pp. 141, 167.

5, aun siendo incuestionable, no deja de presentar ciertas dificultades interpretativas; en primer lugar, la necesidad de la armonía y coincidencia entre las circunstancias compensatorias internas y las establecidas por el Convenio: si las medidas compensatorias previstas por los ordenamientos internos se corresponden con las exigencias y circunstancias en que, de hecho, se viola el artículo 5 del Convenio. En otras palabras, si las circunstancias reguladas por el Derecho interno como justificativas de la compensación son las mismas que las previstas por el artículo 5 (93).

Es misión del Comité de Ministros (arts. 54 y 32) y del propio Secretario General del Consejo de Europa (art. 57), requerir información a los Gobiernos:

"sobre la manera en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones del Convenio" (94).

(93) En su decisión del 13 de Diciembre de 1978 la Comisión señaló que el derecho a una reparación conforme al art. 5 (5) una vez que ha sido comprobada la violación del art. 5. Invocaba la detención irregular sufrida en contra del art. 5 (1), el período de detención provisional duró el 26 de Agosto de 1975 al 20 de Enero de 1977. Recientemente el Comité de Ministros ha suscrito la opinión de la Comisión que desestimó las alegaciones del recurrente poniéndose fin al asunto. Véase decisión de la Comisión de 13 de Diciembre de 1978.

(94) Robertson, A.H.: "Human Rights in Europe". Manchester 1977, pág. 59. El Secretario General del Consejo de Europa, en 1972 a la sazón Lujo Toncic, recabó de los gobiernos de las Altas Partes contratantes, información respecto del modo en que sus respectivos ordenamientos

Pero puede suceder que el Derecho interno sea modificado en el curso o por causa de un procedimiento ante el Tri-

.../...

internos se adecuaban a las exigencias requeridas por el citado párrafo. En cuanto a la sugerencia para ampliar la eficacia del art. 57, véase, ob. cit. pág. 270. Véase al Doc. 3618, C.C.J. de 1 de Julio de 1975, 27^{ava} Sesión ordinaria. Assemblée Parlementaire 1 a 9 Octobre 1975. Estrasburgo 1975. El 9 de Octubre de 1964, el Secretario General ejerció por vez primera la facultad que le confiere el art. 57. La segunda vez que ejerció dicha función fue el 23 de Julio de 1970 que solicitó información a las 15 A P C, que ratificaron el Convenio a fin de que le informasen del modo en que se aplicaban en sus ordenamientos la disposición del art. 5 pfo. 5. Las respuestas de los gobiernos: Doc. D.H. (72) 2 y Addendum. Resumen de las respuestas. Doc. 3618, pág. 12. De las respuestas enviadas por los gobiernos de las A P C podrían deducirse las siguientes conclusiones de la situación de la citada disposición en sus respectivos ordenamientos internos:

a) Todas las respuestas recibidas indican la existencia en el ordenamiento interno de recursos contra la detención arbitraria, pero pocas indican en qué circunstancias se puede hacer valer el citado recurso interno correspondiéndose exactamente con las disposiciones del citado párrafo. Se adecua al Convenio, únicamente en seis supuestos. Así se deduce que existe una íntima correspondencia en los Estados de Bélgica, Chipre, República Federal de Alemania, Luxemburgo, Islandia y Países Bajos. Se requirió información complementaria, para evaluar las situaciones revisándose la legislación en Noruega y Suecia. Por último de la documentación presentada se deduce que no se adecuaba con el Convenio la legislación de Austria, Italia, Irlanda, Malta, Turquía y Gran Bretaña. En el caso de Dinamarca se observó que su derecho interno disponía en supuestos de violación del art. 5 (1) el derecho a una reparación de la víctima pero no se en los supuestos de los párrafos 2 a 4 del citado artículo. Véase Doc. C C J, 3618 de 1 de Julio de 1978.

bunal europeo, como ocurrió en el asunto de Vagabundeo. Durante el proceso se modificó la "carencia legislativa" causa de la violación. Nos parece más que discutible -pese a la sentencia del Tribunal- el admitir que la modificación de la ley interna en el curso del proceso pueda servir de una especie de reparación suficiente frente a una violación concreta del artículo 5.

En evitación de la dificultad señalada y de otras análogas, se ha pensado en la oportunidad de agregar un nuevo Protocolo al Convenio, con el fin de ampliar la competencia del Tribunal para que emita dictámenes, a instancia de los Gobiernos, sobre proyectos de textos legislativos o reglamentarios. Se cree que esto facilitaría la armonización de las leyes internas con las disposiciones del Convenio. El Comité de expertos examinó esta cuestión en 1978 y 1979.

En su exposición de motivos ratificó la conveniencia de mantener los límites impuestos a la facultad interpretativa del Tribunal, justificando su mantenimiento con el fin de evitar cualquier confusión entre el procedimiento contradictorio y el consultivo.

La idea de esa propuesta de nuevas facultades de dictamen del Tribunal tendría, desde luego, grandes ventajas para el desarrollo progresivo y uniforme de la "garantía colectiva" del Convenio. Pero no deja de suscitar otras reservas importantes (95).

(95) Sesiones de Abril y Diciembre de 1978 y Marzo de .../...

Porque podría suceder que el Tribunal se hubiese pronunciado, a requerimiento de un Estado, a favor del Proyecto de un texto legislativo y, con posterioridad, el mismo Tribunal se viese obligado, en el ejercicio de su jurisdicción, a condenar el modo de la aplicación o interpretación concreta del texto en cuya elaboración había participado.

Por su parte, un grupo minoritario del Comité de expertos entendía que la posible facultad consultiva del Tribunal no era incompatible, sino complementaria, de su función contenciosa.

El propio Tribunal se manifestó sobre el tema, en el sentido de que, si su facultad consultiva incidiese en la de carácter judicial y en el buen funcionamiento de su competencia contenciosa, podría rehusar la emisión del dictamen requerido (96).

.../...

1979. Actualmente y en virtud del art. 1 párrafo 1 del Protocolo n° 2 del Convenio, solo el Comité de Ministros está capacitado para solicitar un dictamen al Tribunal. Véase Recueil des Textes, pág. 121.

- (96) La compatibilidad y complementariedad se deduce del distinto efecto de los dictámenes respecto de los Estados y del carácter no vinculante de los mismos en relación con el propio Tribunal respecto de un posterior examen en el ejercicio de su función contenciosa. Véanse arts. 45 y 48 del Convenio. Recueil des Textes, pp. 111-112 y el Protocolo n° 2 al Convenio que atribuye competencia al Tribunal para emitir dictámenes. Ibidem, pp. 120 y ss.

La opinión de la doctrina no puede considerarse muy clarificadora sobre la cuestión. En todo caso, el Tribunal goza de gran amplitud y discrecionalidad en la interpretación de las cuestiones polémicas derivadas de la aplicación del artículo 5. Porque, en virtud del artículo 45, la competencia del Tribunal se extiende "a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio" (97).

-
- (97) Jacobs, F.G., apunta al efecto tanto las dos condiciones previas que exigió la Comisión en el Asunto "Wemhoff" como la exigencia de la carga de la prueba del daño incluso en el supuesto de que el recurrente hubiese sido ilegítimamente detenido durante varios años, los requisitos mencionados como exigencia "si-ne qua non" para la aplicabilidad de la disposición 5 del art. 5. Corresponden a una interpretación que califica este autor de dudosa por anular el objetivo de la disposición que estriba en conceder una reparación al particular lesionado. A lo que cabe añadir el efecto variable de dicha garantía en los ordenamientos internos tanto debido a su regulación como a la aplicación normativa que realizan las autoridades internas que afectan de forma notable a la realización efectiva de la garantía en cuestión.

Vasak, K.: por su parte en general, respecto de la ampliación de la garantía de derechos, entiende que el art. 60 facilitaría "la cláusula del individuo más favorecido".

Cuando el Secretario General realizó la encuesta citada la Asamblea Parlamentaria, comentaría el Informe que le fué presentado por el Comité de Cuestiones Jurídicas que carece de poder coercitivo. Doc. 3618 de 1 de Julio de 1975 en su resolución 596/1975, en *Annuaire...* vol. XVIII, 1975, pp. 62-65.

4. La interrelación de "lex specialis" y "lex generalis" y el carácter de norma de fondo del artículo 5.

Por consiguiente, el recurrente que no obtenga la reparación debida en virtud de la invocación del artículo 5 siempre podrá acudir, al menos jurídicamente, a la facultad alternativa del Tribunal para concederle la reparación, es decir, utilización de la vía prevista por el artículo 50. Esto no quiere decir que la víctima de una detención irregular pueda utilizar, a su arbitrio, el método alternativo que le plazca para obtener la citada reparación, pues ya hemos visto que la aplicación del artículo 50 ha de atenerse a condiciones muy precisas.

La interrelación de los artículos 5 y 50, lo que nos evidencia es el carácter erróneo de la interpretación del artículo 50, según la cual el derecho de "compensación" equitativa o justa que estipula no tendría relación alguna, ni sería aplicable a los casos de violación de la libertad o seguridad de las personas, por hallarse ésta materia regida de modo específico por el artículo 5. Esta elaboración doctrinal ha sido utilizada por los Estados demandados.

En tal sentido, se aduce que la persona víctima de arresto o detención irregular gozaría, desde luego, de un derecho de reparación, pero éste sería el previsto, exclusivamente, por el mismo artículo que exige la legalidad de la acción. En los casos de privación ilícita de libertad, la persona lesionada habría de apelar tan sólo al artículo 5, y no estaría facultada para invocar el derecho de compensación del artículo 50.

Este razonamiento entiende que el artículo 5 constituye una "lex specialis" que concierne tan solo a los casos de privación de libertad y se excluye, por ello, la posibilidad de aplicar a los mismos supuestos la regla general contenida en el artículo 50. De esta forma, la "lex specialis" derogarí a la "lex generalis" (98).

Es curioso observar que el criterio que considera al artículo 5 como una derogación de la "lex generalis" del artículo 50, fue mantenido dos veces consecutivas por ciertos Gobiernos ante el Tribunal, pese a que éste rechazó desde el primer caso la tesis gubernamental.

El objetivo perseguido por los Gobiernos era lograr la declaración de inadmisibilidad de la reclamación por parte del Tribunal, alegando que la Comisión no debería de haber facilitado el acceso al mismo de la demanda particular de reparación, sino haberla examinado como una instancia más en razón del artículo 25 y siguientes, es decir, sometiéndola, de nuevo, al agotamiento previo de los recursos internos.

En este sentido, la concepción doctrinal favorable a la interpretación gubernamental lleva a la conclusión de que el artículo 5 es una norma de fondo y "no concierne directamente a las atribuciones del Tribunal". Se trata, más bien, de un derecho que debe garantizar el sistema jurídico nacio-

(98) Jacobs, F.G.: Ob. cit. pp. 75-76.
Mosler, H.: Ob. cit. pág. 539.

nal (99). Y se recuerda que este derecho figura entre los de finidos por el Título I del Convenio, capítulo de las disposiciones normativas, estableciendo una regla sustantiva y concreta que se halla regida por el artículo 1 del Convenio:

"Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio"
(100).

Conforme a esta interpretación, el artículo 5 ha de considerarse como una "lex specialis" en relación con el artículo 50 y enuncia, por ello, una "regla particular" de reparación para los casos de infracción al derecho a la libertad individual. En estos supuestos, no cabría aplicar la regla general del artículo 50, que concierne de modo genérico a la reparación de las violaciones del Convenio.

(99) Asunto "De Wilde, Ooms, y Versyp". Sentencia de 18 de Noviembre de 1980. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, párrafos 75-78 y Sentencia de 18 de Junio de 1971 (Question de l'application de l'article 50). Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 14, 1972, párrafos 16 y ss. Véase la tesis de la Comisión en Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 12, 1971-1972, pp. 28, 51, y 83-84. Asunto "Ringelsen" sentencia de 22 de Junio de 1972, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 15, 1972 y sentencia de 23 de Junio de 1973 (Interpretación de la sentencia de 22 de Junio de 1972), Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 16, 1973, párrafos 12 y ss. Asunto "Neumeister" sentencia de 26 Junio 1968 y 7 de Mayo 1974, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 17, 1974, pp. 28-31.

(100) Vasak, K.: Señala la necesaria interpretación progresiva de dicho artículo.

En los casos de quebrantamiento del artículo 5, éste ofrece la posibilidad, si se le combina con el artículo 25, de presentar una demanda de reparación por tales violaciones. Por consiguiente, en tales hipótesis no resulta aplicable el artículo 50 del Convenio, no habiendo causa para una reparación complementaria. Además, si el derecho interno permite la reparación integral, el recurrente debe hacer uso de dicha posibilidad.

Esta interpretación restrictiva no ha sido consagrada jurisprudencialmente. El Tribunal, por el contrario, se suele considerar en el deber de determinar si el Convenio requería o autorizaba en el caso concreto el procedimiento que resolvió seguir la Comisión. Esto es lo que se practicó en el asunto de Wilde, cuando el Tribunal se pronunció sobre su jurisdicción para examinar las cuestiones de no agotamiento de los recursos internos aducidas por el Gobierno belga (101).

El Tribunal se siente amparado, además, por el artículo 45 del Convenio -amplias facultades de interpretación- que determina su competencia "*ratione materiae*". Asume la opinión manifestada en su sentencia relativa a "Ciertos aspectos del Régimen Lingüístico belga" y entiende que su jurisdicción, "*ratione materiae*", podrá conocer:

"todas las cuestiones de hecho y de derecho que se susciten en relación al examen o en el procedimiento de un asunto".

(101) Asunto de "Vagabundeo" Publ. Cour. Eur. D.H. Série A (Question de l'application de l'article 50), n° 14, 1972, párrafos 18-25.

Interpretación amplia del artículo 45, que le revis-
te de plena jurisdicción para examinar el fondo del asunto
en materia de admisibilidad, aun tratándose del artículo 5
(102).

El Tribunal no se considera vinculado por la decisión
que al respecto hubiese adoptado la Comisión. Este control
general a cargo del Tribunal afecta, naturalmente, a la cues-
tión del agotamiento de los recursos internos, por tratarse
de una condición previa a la interposición de una demanda an-
te una instancia internacional, incluso en la ausencia de
una estipulación precisa al efecto en el artículo 5 (103).

Ciertamente, este criterio del Tribunal puede mermar
la autoridad de la decisión de la Comisión en materia de ad-
misión de reclamaciones. Por ello, no siempre es compartido
por todos los jueces. No ha faltado quien declarase en voto
particular que la cuestión de la admisibilidad o inadmisibi-
lidad de una demanda es una "cuestión preliminar e indivisi-

(102) Sentencia de 9 de Febrero de 1967, en la que como
subraya Golsong, H., es la primera vez que se hizo
referencia, en el dispositivo de una sentencia
a la disposición del art. 50. Véase Golsong, H.:
"Quelques reflexions à propos du pouvoir de la Cour
Européenne des Droits de l'Homme d'accorder une sa-
tisfaction équitable", ob. cit. pp. 89-94.

(103) Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 12, 1971-1972,
pp. 50, 88-90. Véase Mcarty, Th.E.: "The Internatio-
nal Protection of Human Rights: Ritual or Reality?
The Vagrancy cases before the European Court of Human
Rights". Estrasburgo 1972.

ble", respecto de la cual la Comisión tiene "competencia exclusiva" (104).

En realidad, parece ilógico que la Comisión sea sólo competente cuando declara la inadmisibilidad y por el contrario no lo sea cuando la declare admisible. Este parecer es vá lido para una parte de la doctrina, que se apoya en la propia actitud del Tribunal, porque en su parte dispositiva no hace referencia alguna a la admisibilidad, y preconiza la incuestionabilidad de las decisiones de la Comisión en materia de admisibilidad, considerándolas de "naturaleza jurisdiccional" (105).

(104) Asunto "Ringeisen" (Question de l'application de l'article 50). Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n°16, párrafos 12-15.

(105) Vanwelkenhuyzen, A., subraya como modifica su interpretación Sørensen M.. Véase Vanwelkenhuyzen, A.: "Le respect des droits de l'homme et la législation belge pour la repression du Vagabondage", en Revue belge de Droit International, 1973, 1, vol. IX, pp. 338-374, en concreto pp 340 y ss. Asimismo en Knops, E., considera en su comentario a la sentencia que no parece lógico determinar la competencia de la Comisión en base de las decisiones que adopte. En, Jurisprudence, 2 Décisions commentées. I, Cour européenne des droits de l'homme. 18 Juin 1971, "Affaire de Wilde, Ooms et Versyp", en A.F.D.I., 1979, pp. 544-602. Y respecto de la interpretación anterior de Sørensen M., véase: "La recevabilité de l'instance devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Notes sur les rapports entre la Commission et la Cour", en: "René Cassin Amicorum Discipulorumque", pp. 33 y ss.

La atribución de funciones superiores del Tribunal en la admisión de reclamaciones de reparación según el artículo 5 puede afectar al equilibrio establecido en las instituciones del Convenio, agravando la desigualdad de las partes en el procedimiento. Porque el particular no puede recurrir contra la decisión de la Comisión de inadmisibilidad de una petición de reparación en virtud del artículo 5 y, por el contrario, el Estado puede esperar a que se celebre el procedimiento ante el Tribunal para alegar la exención correspondiente (106).

Existe una tendencia favorable a la superación de esa desigualdad de las partes. La revisión del tema no está aún consolidada. Supondría facultar al particular para recurrir o apelar contra la decisión de inadmisibilidad que la Comisión dicte respecto de su reclamación. Máxime cuando se trata, precisamente, de la libertad y seguridad de las personas,

(106) Vanwelkenhuyzen, A. critica la interpretación y señala la incidencia desfavorable respecto de la eficacia de la función conciliadora de la Comisión, así como respecto de la eficacia de la función conciliadora de la Comisión, así como respecto de la naturaleza y efectos de las decisiones de la Comisión en la materia. En: "Le respect des droits de l'Homme et la législation belge pour la repression du Vagabondage: en, Revue belge de Droit International, 1973, 1, vol. IX, pp. 338-374. Por su parte Knops E. considera que en el intento de defender celosamente sus prerrogativas el Tribunal ha atentado contra el citado equilibrio. En su comentario a la sentencia "Affaire De Wilde, Ooms et Versyp" en, A.F.D.I. 1979, pp. 545, en concreto pág. 579.

en las demandas de reparación por violación del artículo 5.

5. El artículo 50 como norma de competencia.

Es notorio, que el artículo 50 está inserto en la Parte IV del Convenio que contiene las reglas institucionales y de competencia concernientes al Tribunal europeo. Se refiere esencialmente, a las facultades que puede ejercer el Tribunal en el desarrollo de su procedimiento, y en virtud de esa competencia se le autoriza a disponer, en ciertas condiciones, sobre la compensación justa, equitativa, asignable a la parte lesionada o víctima de una violación del Convenio (107).

Por ello, se ha podido afirmar que el artículo 50 es la única norma del Convenio que trata expresamente de los poderes conferidos al Tribunal en orden al contenido de su decisión.

La norma, como expusimos, contempla únicamente el caso de que la violación dependa de una decisión o medida de un órgano estatal jurisdiccional ó no y que el ordenamiento al que pertenece la víctima no permita sino eliminar las conse-

(107) Luzzato, R.: considera que aunque la califica de imparcial e incompleta, pues se refiere solo a una de las hipótesis que se pueden verificar cuando el Tribunal constate la violación de las obligaciones convencionales por parte de los Estados, hipótesis que contempla el artículo y que no es la más frecuente. En "La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la Riparazione delle violazioni della Convenzione" en "Studi in Onore di Manlio Udina". T. I, Milán 1975, pp. 423-445.

cuencias de la medida o decisión en cuestión.

El artículo 50 está redactado de forma más amplia y genérica que el artículo 5 y no se encamina a la sola protección de un derecho individual determinado y concreto -privación de libertad- sino al establecimiento del principio condigno de la responsabilidad en todo ordenamiento jurídico: la satisfacción equitativa en caso de infracción (108).

Sin embargo a pesar de que ambas disposiciones se sitúan en planos diferentes, se ocupan, al mismo tiempo, de problemas relativos a la reparación en el ámbito del Convenio.

El artículo 5 enuncia una norma sustancial y el artículo 50 una norma, esencialmente, de competencia. Sin embargo, la trascendencia de la interrelación existente puede beneficiar y contribuir a la protección de la persona humana. En este sentido cabe recordar, por ejemplo, que el Tribunal declaró, en cierta ocasión, inaplicable el artículo 25 y sostuvo, en cambio, desde un punto de vista procesal, la aplicabilidad del artículo 50 (109).

(108) Es la compensación que se debe a la víctima, a "la parte lesionada", por causa de cualquier "decisión" o "medida" adoptada por las autoridades del Estado, que se encuentre "entera ó parcialmente en oposición con las obligaciones" derivadas del Convenio y siempre y cuando el Derecho interno no permita anular más que de modo "imperfecto los efectos de la decisión o medida ilícita". Recueil des Textes, pág. 112, y pp. 103-104.

(109) Asunto "Neumeister" Sentencia de 7 de Mayo de 1974, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 17, 1974, párf° 30. Sobre la noción de privación de libertad. Véase Doc. D.D.H. (81) 1, pp. 3 y ss.

La garantía prevista en el artículo 5, es el resarcimiento de los daños producidos por causa de la detención. Impone al Estado el deber de que su orden jurídico garantice el derecho de reparación que deberá ser aplicado por los órganos internos. Si el Estado no está en posición de tomar las medidas necesarias para la reparación, el Tribunal podrá proveer, en tal caso, a la compensación debida, según el artículo 50.

En los supuestos de privación de libertad, la decisión interna sobre la legalidad del arresto o detención practicada no priva, en absoluto, a la víctima de su derecho a obtener la reparación debida, bien en razón del artículo 5 o en virtud del artículo 50. El artículo 50 permite al Tribunal adoptar una solución de recambio en la hipótesis en que la solución principal se viese perturbada por la existencia de un obstáculo en Derecho interno (110).

6. Facultad especial de vigilancia y fiscalización del Tribunal europeo sobre la concesión de reparación.

El Convenio se basa en la idea general de que los Es-

(110) La idea de la obligatoriedad de las decisiones del Tribunal no resulta afectada por el hecho de que el Convenio no otorgue al Tribunal europeo poderes efectivos y directos sobre las instancias internas del Estado. En este sentido los arts. 53 y 54 del Convenio, el primero exige a los Estados que se conformen a las decisiones y el segundo faculta al Comité para vigilar la ejecución de las decisiones. Recueil des Textes, pág. 112. Véase intervención de Sørensen, M., Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 12, 1971-1974, pp. 28, 50-51, 83-84 y 88-90.

tados han de atenerse con rigor a sus disposiciones y cumplir de buena fe sus obligaciones.

El incumplimiento por parte del Estado hace lógico el control por parte del Tribunal.

Por tanto, la competencia del Tribunal en materia de reparación del artículo 50 se extiende a la observancia y vigilancia por parte del Tribunal de la acción de las autoridades internas llamadas a la concesión de la reparación (111). Este criterio es el patrocinado por el Tribunal cuando estima que tiene competencia para vigilar que la compensación pueda ser obtenida en un plazo razonable y que el resultado sea equitativo.

El Convenio confía, primero, al Estado demandado la facultad de dar, mediante su procedimiento interno, la reparación adecuada a la parte lesionada. Actuando así, el Tribunal sigue siendo competente para "vigilar que la compensación sea obtenida de manera adecuada y en un plazo razonable" a fijar por el Tribunal y que el resultado sea equitativo.

Es muy certero el criterio que atribuye al Tribunal una cierta facultad de vigilancia sobre el comportamiento de las autoridades nacionales llamadas a ofrecer la indemnización. Puede ocasionar, en cambio, incertidumbre la determinación del "plazo razonable" en que pueda operar la vigilancia del Tribunal.

(111) Véanse votos particulares de los jueces Verdross A. y Mosler H., en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 14, 1972.

Cabe suponer que la víctima vuelva a encontrarse con nuevos obstáculos serios para la consecución de la indemnización que le es debida por parte de las autoridades internas. En esta hipótesis, parece lógico que la víctima no se vea expuesta a un nuevo y largo proceso interno de indemnización, máxime si se tiene en cuenta que ha debido atenerse anteriormente a la exigencia del artículo 26, y a las previas fases procesales ante la Comisión y el propio Tribunal.

En realidad, se trata de reconocer al Tribunal europeo una cierta facultad de vigilancia objetiva que le permita proceder al otorgamiento de la compensación que juzgue apropiada "sin estar obligado a esperar el término de los procedimientos nacionales".

Sin embargo, no puede olvidarse que la actual redacción del artículo preceptúa, con rigor, que la competencia de reparar del Tribunal está muy vinculada y condicionada a una previa decisión interna asignando una indemnización concreta, perfecta o imperfecta, parcial o total. Aquí sí que es muy amplio el margen de competencia del Tribunal: tiene facultad absoluta de enjuiciar la perfección o imperfección de la reparación, su proporcionalidad y su equidad y por tanto, sentenciar si es justa o insuficiente la indemnización interna y si ésta ha de comprender, a su vez, no solo los daños materiales, sino también, los indirectos o morales.

La concepción técnico-jurídica y la realidad procesal insoslayable no permiten, en cambio, aconsejar que ciertos aspectos de la reparación, por razones de celeridad, sean confiados al Secretario del Tribunal. Este criterio fué sostenido por el eminente juez Zekia (112). Con respecto al "reembol-

(112) En este sentido, conviene tener presente los términos

.../...

so de los gastos suplementarios" que hubiesen sido abonados por el requirente, en razón del procedimiento interno e internacional cuando se ha confirmado el hecho de la violación jurídica:

"el examen y arreglo de esta cuestión podría ser confiada al Secretario del Tribunal".

.../...

precisos del eminente juez Mosler: el Tribunal "tiene competencia para juzgar, según las particularidades de cada caso concreto, en qué medida ha de esperar el resultado de la reclamación dirigida por los requirentes a las autoridades nacionales. Puede fijar los plazos y, una vez cumplidos, examinar los resultados conseguidos y estatuir, por sí mismo, sobre la compensación". Este razonamiento parece lógico y conveniente, pero, hasta ahora, no ha sido consagrado en tales términos y de modo explícito por el propio Tribunal. Tal vez, el artículo 50 sea, en el futuro interpretado jurisprudencialmente, en tal sentido. Claro está, que la necesaria condición del art. 50, de la previa decisión interna de indemnización no debe otorgar, para su concesión, un margen discrecional absoluto en el tiempo a las autoridades nacionales. Y en este punto cabe pensar que el Tribunal está facultado para hacer indicaciones y determinar períodos de tiempo preciso que sean observados por el Derecho interno. De lo contrario, se correría el riesgo de que no fuese eficaz la protección de la víctima. Máxime si se recuerdan los amplios espacios de tiempo que requiere el desarrollo regular del procedimiento ante las instancias nacionales e internacionales. Precisamente la sentencia comentada de 1972 fue pronunciada cinco años después de haberse los requirentes dirigido, inicialmente a la Comisión, 1966. Y Sentencia de 10 de Marzo de 1972. Asunto "De Wilde, Ooms y Versyp" Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 14, voto particular del Juez Zekia, y párrafos 32-38 y 39-40.

Puede darse, naturalmente, la concurrencia de "gastos suplementarios", pese a la asistencia jurídica gratuita prevista y practicada en el sistema de protección del individuo. Puede ocurrir, también, que la actuación del individuo, en su propia defensa, no solo no sea útil, ni abusiva, sino que se corresponda con las exigencias de la buena fé. Ahora bien, la atribución al requirente del reembolso de cualesquiera "gastos suplementarios" deben seguir siendo de la competencia del propio Tribunal facultado, ampliamente, para conceder la compensación equitativa a la víctima de una violación de las cláusulas del Convenio.

Respecto del artículo 5 es importante señalar que ciertos Estados han formulado reservas, de acuerdo con el artículo 64 del Convenio (Austria, Suiza y España).

La reserva de España se refiere a la aplicación de las disposiciones de los artículos 5 y 6 en la medida en que fuesen incompatibles con las disposiciones relativas al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas que figuran en el Título XXIV del 3º Tratado de Código de Justicia Militar.

Se ha basado esta reserva en la solución del Tribunal en el asunto Engel, determinando la aplicación del Convenio en el ámbito militar (113).

(113) "Asunto Engel y otros contra Países Bajos" Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, nº 22, 1976, párrafos 9-11, pp. 66-70.
En este asunto se les concedió una reparación simbólica por los daños morales sufridos por la detención irregular que les fue impuesta, párrafos 10 y 69, pp. 68 y 69.

7. Síntesis del equilibrio del sistema en vigor.

El sistema de reparación interna, se considera, a veces, suficiente para la reparación de la infracción del artículo 5.

El artículo 5, párrafo 5, ha sido interpretado restrictivamente, en el sentido de que "no concierne directamente las atribuciones del Tribunal", sino que contempla la reparación por las autoridades internas. Se ha alegado que dicho artículo trata de un derecho que debe garantizar el sistema jurídico nacional. Se recuerda que este derecho figura entre los definidos por el Título I del Convenio. Y, por ello, es regido por el artículo 1°:

.../...

En cuanto a las reservas véase Recueil des Textes, pp. 605 y ss. Véase Annuaire..., vol. 22, pp. 51-52, pp. 22-25. Las reservas españolas son:

"A los artículos 5 y 6 y 11 del Convenio, en la medida en que fueren incompatibles con las disposiciones relativas al régimen disciplinario de las Fuerzas armadas. "De conformidad con el art. 64 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, España reserva la aplicación de:

1. Los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el Título XV del Tratado Segundo y en el Título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar".

2. El artículo 11, en la medida en que fuere incompatible con los artículos 28 y 127 de la Constitución española". En cuanto a las restantes reservas véase Recueil des Textes. Estrasburgo 1981, pp. 605-611. La española, véase punto 9, pág. 609. Suiza ha retirado con efecto a partir del 1 enero 1982, la reserva relativa al art. 5 del Convenio. Véase "Bulletin d'information sur les activités juridiques au sein du Conseil de l'Europe et dans les Etats membres", n° 13, Septembre 1982, pág. 1.

"Las Altas Partes contratantes reconocen a toda persona que dependa de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio" (114).

Cuando el individuo requirente alega ante la Comisión que se le ha denegado dicho derecho, la Comisión tiene que examinar la demanda conforme a su procedimiento normal y se aplica, entonces, la regla del agotamiento de las vías de recursos internos. Y se dice que este supuesto no se da cuando la demanda no se basa en el artículo 25 del Convenio y no se hubiese alegado una violación del artículo 5, párrafo 5. Se observa, enseguida, que se trata ahí de una interpretación restrictiva que no ha sido plenamente consagrada jurisprudencialmente.

Es muy comprensible la idea de que no existe una relación directa y expresa entre el artículo 50 y el artículo 5, párrafo 5. Sería, en cambio, excesivo decir que no existe correlación alguna entre ambos.

En efecto, la aplicación del artículo 5, párrafo 5, presupone a veces, un arresto o detención que contraviene e infringe el Convenio (115).

(114) Ibidem. pág. 104.

(115) Ibidem, pág. 108, véase Weil, G.L.: "The European Convention on Human Rights, Background, Development and Prospects", Leyden, 1963, pp. 104-105. Vanwelkenhuyzen, A., Ob. cit. pág. 536. Mikaelson, L.: "European protection on human rights". Aalphen aan den Rijn, 1980, pp. 175-178.

Y es notorio que, para saber, si un arresto o detención supone una violación del Convenio, es necesario una sentencia del Tribunal o una decisión del Comité de Ministros. De ahí se ha deducido que, en principio, sólo estos dos órganos pueden decidir, con fuerza obligatoria, si ha habido arresto o detención con violación del Convenio.

Ateniéndose con criterio restrictivo al texto del artículo 5, párrafo 5, se puede pensar que las condiciones de la detención sean, en un caso concreto, contrarias a las disposiciones del artículo 5, sin que:

"los órganos instituídos por el Convenio
hayan establecido tal contravención".

En tal sentido, se ha razonado que los órganos nacionales, los tribunales nacionales, "pueden muy bien verificar que una determinada detención no ha sido conforme a una de las disposiciones del artículo 5". Por ejemplo, por no haber motivo razonable para creer en la necesidad de impedir la huída de una persona sospechosa de un crimen, o porque no se había dado realmente el supuesto previsto de vagabundeo o porque no encuentre aplicación cualquiera otra de las disposiciones del artículo 5.

En tales circunstancias y otras análogas, la detención puede haber sido reconocida por los Tribunales nacionales como contraria a las disposiciones del artículo 5 y el interesado podría prevalerse del artículo 5, párrafo 5.

Desde luego, es admisible, en principio, que el sistema de reparación interna resulte suficiente para el cumplimiento

del deber de compensación de las infracciones habidas del artículo 5. Más no por ello cabe deducir que tan solo y siempre ha de ser invocable, de modo absoluto y exclusivo, el sistema de reparación interna.

Justamente, cuando la insuficiencia del sistema interno es bien manifiesto, no se puede dejar confiada la parte lesionada en forma rigurosa a la discrecionalidad del Estado interesado. Es en esa situación de insuficiencia de la legislación interna, cuando más justa y equitativa resultará la aplicación del artículo 50.

824'

P A R T E S E X T A

824²

PARTE SEXTA

EL DERECHO DE REPARACION EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO.

CONSIDERACION PREVIA

I

TEMATICA GENERAL.

1. El derecho del requirente a la reparación.
2. Las bases reguladoras de la reparación.
 - a. Efectividad.
 - b. Necesidad.
 - c. Carácter razonable del importe global de la indemnización.

I I

TEMATICA CONCRETA.

- A. La demanda de reparación.
 1. La admisibilidad de la demanda.
 2. La petición de indemnización constituye la "fase última del procedimiento".
 3. La instancia de reparación no es una "demanda nueva".
 4. Los magistrados que sentencian la violación deben entender de la reparación.
 5. Valor de la reserva del derecho eventual del requirente.

6. Propósito de favorecer el arreglo entre el Estado y el requirente.
 7. El carácter definitivo de la sentencia.
- B. Fundamentación de la demanda de reparación.
1. La naturaleza del daño y la compensación equitativa.
 2. La no distinción entre actos y omisiones.
 3. La persona lesionada o víctima.
 4. La determinación del plazo no-razonable puede preceder al enjuiciamiento de la fundamentación.
- C. La realidad del daño y el nexo de causalidad.
1. No precisión de la naturaleza, ni del alcance del daño.
 2. No precisión del derecho.
 3. La causalidad en la detención provisional y la imputación de la detención sobre la pena.
 4. Los daños materiales y el perjuicio moral.
 5. La reputación del requirente y el perjuicio moral.
- D. La violación y la compensación equitativa.
1. La violación no implica siempre compensación automática.
 2. La compensación como una "indemnización global"
 3. La rectificación legal del procedimiento interno defectuoso como compensación de daños.
 4. La determinación y contenido de la indemnización, con motivo de la violación del plazo razonable.

- a. Determinación de la compensación equitativa.
 - b. Contenido de la indemnización.
 - c. La apreciación en equidad.
 - d. La apreciación de las costas y gastos.
5. La reducción de la pena como reparación.
- E. La "satisfacción" equitativa.
- 1. El derecho de reparación compensado con la "satisfacción" del reconocimiento de la violación.
 - 2. La satisfacción del perjuicio moral y su relación con el daño material.
- F. El arreglo amistoso y la apreciación en equidad por el Tribunal.
- 1. El carácter equitativo del arreglo amistoso sobre el derecho de reparación.
 - 2. El arreglo sobre repartición de costas-gastos: supervisión del Tribunal.
 - 3. La petición de compensación limitada solo a "costas y gastos".
- G. Innovación sobre el derecho de reparación y la hipotética equiparación del terrorista al vagabundo.
- H. Criterios determinantes de la evaluación de costas y gastos procesales.
- 1. Efectividad del gasto.
 - 2. Necesidad del gasto.
 - 3. Carácter razonable del importe de las "costas gastos".

828²

I V

- I. Sinopsis de la aplicación técnico-pragmática del artículo 50.
 1. Asignación de una indemnización pecuniaria.
 2. La constatación de la violación como compensación equitativa.
 3. La modificación legislativa interna como reparación.
 4. La solicitud de reparación presentada por iniciativa del abogado del requirente.

CONSIDERACION PREVIA

La determinación técnico-jurídica del derecho de reparación, según la jurisprudencia del Tribunal europeo, nos ofrece un panorama vastísimo de cuestiones que no es fácil compendiar en unos cuantos criterios enunciativos de carácter general.

Intentamos, desde luego, expresar, en primer término, cierto número de líneas generales derivadas del estudio de la jurisprudencia que se reiteran, con frecuencia. Y abordaremos, después, el análisis de la experiencia jurisprudencial, señalando, en fin, los problemas y las decisiones jurídicas íntimamente relacionadas con el ejercicio del derecho de reparación.

En este sentido, tendremos en cuenta no solo las líneas esenciales del pensamiento y reflexiones del Tribunal, sino, también las pocas elaboraciones doctrinales sobre la materia. No ensayamos, sin embargo, una visión general y absoluta de la gama amplísima de todas las cuestiones substanciales posibles de la aplicación del Convenio que nos pudiera alejar del núcleo esencial de este capítulo: el derecho de reparación, según el artículo 50 del Convenio, en función de la jurisprudencia elaborada hasta el momento presente.

827.41

PRIMERA PARTE

Temática General.

Las cuestiones principales del ejercicio del derecho de reparación, en la jurisprudencia europea, suelen girar en torno a las cuestiones siguientes:

1. El derecho del requirente a la reparación.
2. Las bases reguladoras de la reparación.

1. El derecho del requirente a la reparación.

El derecho, en concreto, del requirente para obtener reparación puede ser mantenido en tela de juicio hasta el instante decisorio constituido por la sentencia del Tribunal europeo. Este derecho concreto queda establecido de modo claro por la sentencia confirmatoria de la violación alegada.

Por consiguiente, la reparación debida no deriva, de modo inmediato, para el requirente del principio general de Derecho internacional enunciado por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la Fábrica de Chorzow (1).

(1) "Affaire relative à l'usine de Chorzow (demande en indemnité - compétence). C.P.J.I., Série A, n° 9, y Série A, n° 17, pág. 47.

La sentencia de 13 de Septiembre de 1928, del T.P.J.I., declara:

"El Tribunal confirma que es un principio de Derecho internacional, esto es una concepción general del derecho, que toda violación de un compromiso comporta la obligación de reparar".

Y el mismo asunto había motivado otra sentencia, de 26 de Julio de 1927, en la que el Tribunal se expresa en los siguientes términos:

"Es un principio de Derecho internacional que la violación de un compromiso entraña la obligación de reparar de una forma adecuada" (2).

Aún asentandose teóricamente en ese importante principio general, la causa inmediata y generadora del derecho concreto emana de los dos artículos básicos del Convenio sobre la materia: artículo 5 (párrafo 5) y artículo 50 (3).

(2) C.P.J.I., Série A, n° 9. Affaire relative à l'usine de Chorzow (demande en indemnité - compétence) y Série A, n° 17, Affaire relative à l'usine de Chorzow (demande en indemnité - fond), pág. 29. Véase Pastor Ridruejo, J.A.: "La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya", (Sistematización y comentarios). Navarra 1962, pp. 427-435 y 214 y ss.

(3) Recueil des Textes, pp. 103-104 y 112.

Se reconoce, en teoría, la existencia de una diferencia notable entre la aplicación del mencionado principio internacional de carácter general y las disposiciones concretas y especiales del Convenio. El requirente adquiere, en virtud del Convenio el derecho directo e inmediato a la reparación. Este derecho subordinado y accesorio que puede beneficiar a las personas en el supuesto de una decisión favorable en una controversia interestatal.

2. Las bases reguladoras de la reparación.

Las bases reguladoras de la reparación son ponderadas, por el Tribunal europeo, en cada caso concreto, absteniéndose de enunciar criterios categóricos que pudieran limitar, en lo sucesivo, su libertad discrecional y de decisión equitativa (4).

Suele aparecer, como es natural, en primer término, la reparación debida por causa de la violación del artículo determinado de que se trate del Convenio.

-
- (4) Son muy ilustrativas y decisivas en la materia, especialmente, las sentencias recaídas en los asuntos De Wilde, "Ooms y Versyp", "Ringelsen", "Neumeister" y "Sunday Times".
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 10 Mars 1972 (article 50), Série A, vol. 14, Publ. Cour. Eur. D.H., Arrêt du 22 Juin 1972 (article 50), Série A, vol. 15.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire "Neumeister", Arrêt du 7 Mai 1974, Série A vol. 17 y Publ. Cour. Eur. D.H., Arrêt du 6 Novembre 1980, Série A, vol. 38.

En tal sentido, se han dado, con reiteración, los casos de privación de libertad. En estos supuestos no resulta posible la "restitutio in integrum". Y, no se admite fácilmente, la pura y simple satisfacción simbólica, aun cuando haya sido establecida en la práctica. En principio, no se suele considerar siempre como suficiente la mera confirmación genérica de la violación de un derecho.

En realidad, el propio Tribunal ha registrado y recordado el asunto Janes, resuelto en 1925, por la Comisión Mixta de Reclamaciones de Méjico y Estados Unidos. Esta Comisión había estimado vigente, sobre la materia, una práctica internacional de "envergadura mundial". Conforme a esta concepción internacional, de carácter general, se habían de tener en cuenta en la reparación no solo la "compensación de los daños materiales", sino también, el aspecto de una "satisfacción substancial" por el quebrantamiento de las mismas obligaciones (5). El requirente debería, por tanto, obtener la reparación "adecuada" que dice el Tribunal Internacional de Justicia.

De modo análogo, se ha pensado con respecto a las infracciones del artículo 5 del Convenio, sancionadas directamente con el derecho a una reparación o las demás infracciones justificativas de la aplicación del artículo 50.

La gravedad de la violación, con privación de libertad, legitima la debida reparación por la violación habida, además

(5) Recueil des Sentences Arbitrales, vol. IV, pág. 89.

de la justa compensación de los daños o perjuicios particulares sufridos por los requirentes, por causa de la detención indebida, abusiva o excesiva. Teórica y prácticamente se trata de clases de daños distintos. Y esta distinción de los perjuicios implica, justamente, una reparación distinta para ambos casos. Concurren, ahí, dos bases diferentes para la reparación.

Otra cuestión determinante es la de la amplitud del perjuicio. El cálculo del daño sufrido estará en relación con una serie de elementos diversos, según las circunstancias del caso, con independencia de la importancia del daño a reparar, por sí misma, e incluso, de la base genérica de la debida reparación. Con ciertas reservas se puede decir que una cosa es la base y otra la suma de la indemnización.

En segundo término, existe y procede tomar en consideración otro concepto, como base reguladora de la reparación, singularmente en relación con los litigios que generan la interrelación del artículo 5 con el artículo 50. Nos referimos al daño o perjuicio sufrido por el requirente en el supuesto de una prolongación excesiva de la detención provisional, supuesto bien reiterado en la jurisprudencia. El tema se ha planteado ante la jurisdicción europea, pero ya lo había sido anteriormente en otras instancias internacionales.

Precisamente la Comisión de Reclamaciones, Méjico - Estados Unidos, en el asunto Turner, acordó una importante indemnización con motivo de la detención irregular y por causa de "la pena y afrenta infligida al requirente" (6). El razo-

(6) Recueil des Sentences Arbitrales, vol. IV, pp. 278-

namiento se basó en ideas esenciales: por un lado la detención ilegal hace responsable al Estado de los "peligros y catástrofes" que sufra y perjudiquen al interesado, porque tal vez, no hubieran ocurrido si se encontrase en libertad; y por otro lado, la detención excesiva constituye un "atentado contra la libertad individual" condenado por los principios del Derecho internacional.

Ciertamente esos supuestos lesivos y atentatorios contra las libertades fundamentales del hombre son los más contemplados y condenados, hoy en día por el Convenio, que regula a su vez, su reparación.

No es fácil sentar normas generales para evaluar la reparación en los casos concretos de esa naturaleza, ni determinar con anticipación los efectos de la prolongación excesiva de la detención del requirente.

Ni tampoco se pueden establecer categorías rigurosas que encuadren, con firmeza absoluta, la aplicación de los criterios del carácter directo o indirecto, próximo o remoto, de los daños sufridos. Prevalecerá en todo caso, el criterio básico y general y la razón decisiva de la conexión y de la causalidad.

.../...

282. Aquí pág. 282, Véase la invocación de las palabras del arbitro Van Vollenhoven por Fawcett en el Asunto "Ringelsen". La excesiva duración de la privación de libertad del recurrente contraria al art. 5 (3) del Convenio le produjo perjuicios materiales que requerían una reparación. Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringelsen, Série B, vol. 13, Audiences Publiques, Mai 1972, pp. 47-48.

En realidad son abundantes las sentencias arbitrales sobre la materia y en ellas se discuten de modos diversos las soluciones aplicables a cada caso. Los razonamientos basados en esa fecunda fuente arbitral nos manifiestan la posible conclusión de que existe una multiplicidad de maneras de determinar las consecuencias de la detención excesiva, y, en general de los daños indirectos.

Por otra parte, el hecho de valorar y evaluar la reparación y precisar la cifra e importe de la indemnización es materia vinculada a las bases que se juzguen determinantes para la misma compensación. Previamente los reclamantes han de establecer la línea y la lista de sus daños y perjuicios y de sus pérdidas.

El análisis y clasificación de estos conceptos sobre la evaluación del daño, presupone la determinación de cuales de ellos han de ser juzgados oportunos y pertinentes para la estimación de la reparación que ha de atenerse a las bases fijadas por la instancia judicial internacional. Esta decisión corresponde, según el Convenio, a la competencia exclusiva del Tribunal europeo que resuelve sobre la aceptación plena o parcial de la lista detallada de las reclamaciones.

Fijadas las bases de reparación, se podrán analizar y estimar los conceptos apropiados de los perjuicios y pérdidas y fijar, entonces, el importe de la indemnización correspondiente a la compensación equitativa contemplada por el artículo 50.

Es de observar que la evaluación del perjuicio derivado de la violación del artículo 5, en relación con el artículo

50, puede comprender no solo los daños materiales, sino también, los morales. Y en los casos de privación de libertad, no se han de descartar las "perturbaciones psicológicas", inquietudes y tensiones originadas, por la prolongación excesiva de la detención de la víctima de la violación, o de las modalidades del internamiento, o el desconcierto y angustia de la imposibilidad de ejercer su propia profesión o industria, al margen del daño material, o el sufrimiento de un status civil contrario al Convenio -la madre y su hijo natural- etc.

Esta idea del perjuicio moral se asienta y legitima, también, por diversas sentencias arbitrales que consideraron dicho factor como un elemento del perjuicio y de la reparación pertinente.

Igualmente, es lícito ponderar, a efectos de reparación, los gastos y costas que tuviere que afrontar el requirente en el curso de los procedimientos habidos en defensa de su causa. Como señalamos más adelante, la discusión sobre los gastos del procedimiento se suscita, en torno al carácter de las actuaciones judiciales: si son o no admisibles solamente los gastos y costas procesales del procedimiento internacional o si, además, cabe invocar los generados por el procedimiento interno.

En tercer término, la doctrina y la jurisprudencia han reflexionado sobre la forma de materializar la reparación. Es la cuestión de si la moneda en que deba abonarse la indemnización tiene o no, necesariamente, que ser la de curso legal en el país de la nacionalidad del requirente. En favor de este criterio se utiliza el razonamiento que considera decisivo el lugar en el que el requirente despliega su vida, sus operaciones y actividades normales. El requirente, sin embargo, puede

desplazar el centro de su vida, y negocios normales, a otro país distinto o domiciliarse en este último por diversas razones. En este caso es posible solicitar el abono de la indemnización en la moneda del país de residencia o domicilio.

La cuestión fue enjuiciada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, resolviendo, en ciertos casos, a favor de una moneda distinta de la del país nacional del reclamante. Así aconteció en el asunto Wimbledon (7). Y este parecer fue compartido, también, por el Tribunal europeo (8).

En cuarto término, cabe recordar el debatido tema de los intereses; si estos se han de agregar o no a la indemnización que se juzgue equitativa conforme al Convenio. Sobre este extremo, el Tribunal ha dado una solución tangencial que elude, de momento, la toma de posición definitiva sobre el tema.

En quinto término, la cuestión del contenido de la reparación, de las costas procesales y en sentido amplio de los

(7) Sentencia de 17 de Agosto de 1923. C.P.J.I. "Affaire du vapeur Wimbledon. Série A, n° 1, pág. 30. El gobierno alemán debía indemnizar al gobierno francés los daños causados por la prohibición del paso por el canal de Kiel. Véase Pastor Ridruejo, J.A., Ob. cit. pág.428.

(8) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen Interpretation de l'arrêt du 22 Juin 1972. En su sentencia de 23 de Junio de 1973, ordeno que las autoridades austríacas abonasen a Ringeisen la indemnización pecunaria en marcos alemanes, párrfs. 12-15. Véase en contra del razonamiento y de la decisión del Tribunal el Voto Particular del Juez Verdross. Ibidem, pág. 6.

gastos del procedimiento ante el Tribunal, es materia de indudable interés que ha motivado más de un debate teórico-práctico ante la alta instancia jurisdiccional europea.

Entra en juego, no solo la equidad, sino también, y en función de ella, la proyección del interés social y la salvaguarda, al máximo posible, del contenido de la misma reparación.

De ahí que podemos elaborar una exposición sintética de los principios generales que sobre la materia prevalecen en las tendencias normativas y reiteradas del Tribunal.

En principio, la atribución de las sumas de indemnización, de las costas y gastos del procedimiento, en razón del artículo 50, presupone ciertas condiciones determinantes, que pueden ir adquiriendo, cada vez, mayor grado de generalidad, e, incluso, ser decisivos sobre la importancia y el contenido de la reparación: la efectividad, la necesidad y el carácter razonable de sus elementos integrantes.

a. Efectividad: El criterio decisivo de la efectividad puede requerir la aportación de las pruebas pertinentes. Pero puede darse, igualmente el supuesto de que no sean estrictamente necesarias. Esto es lo que ocurre, cuando los requirentes no se han beneficiado de la asistencia judicial gratuita ante la Comisión y el Gobierno interesado en el litigio y la Comisión, no han discutido la materialidad de los gastos del procedimiento habido en Estrasburgo.

En este supuesto, el Tribunal no se siente en la necesidad de procurarse pruebas justificativas sobre la efectivi-

dad, salvo que existan indicios en sentido contrario (9).

b. Necesidad: En principio, el interés de una sana y pronta administración de justicia, parece aconsejar que no se abrume a los órganos del Convenio con medios y argumentos ajenos a la causa en litigio y esto, desde luego, no ocurre cuando los argumentos y medios empleados están en conexión directa con el núcleo esencial del artículo del Convenio vulnerado en perjuicio de los requirentes. En este sentido es muy ilustrativa la afirmación del Tribunal:

"Un jurista tiene el deber de presentar la defensa de su cliente con la amplitud y el talento de que sea capaz".

De ahí que no sea fácil predecir con certeza, la importancia que el Tribunal va a conceder a cualquiera de los argumentos invocados, salvo si son "manifiestamente ociosos o sin valor" (10).

En razón, de los elementos integrantes de la reparación, y singularmente, de las costas procesales es interesante notar, en fin, el hecho debatido sobre los gastos y el número de aboga-

(9) Publ. Cour. Eur. D.H., Arrêt Sunday Times du 6 Novembre 1980, Série A, n° 38 (article 50), párrfs. 13-14, pp. 8-9.
 Publ. Cour. Eur. D.H., Arrêt Köning du 10 Mars 1980, Série A, n° 36, párf. 15, pág. 14.

(10) Publ. Cour. Eur. D.H., Arrêt Sunday Times du 6 Novembre 1980, pp. 8-9.

dos utilizados por los requirentes. Uno de los Estados demandados declaró, en cierta ocasión que no consideraba necesarios los gastos -honorarios- derivados de la participación en el proceso de tres abogados. La Comisión sostuvo el criterio contrario. Y el Tribunal matizó con cautela la cuestión debatida. Reiteró la idea de que los requirentes no eran parte en la causa ante el Tribunal; y que sus consejeros se limitaban a asistir a los Delegados de la Comisión, pero debía de recordarse también que la Comisión no representa a los requirentes, pues su función principal es la de "ayudar al Tribunal", en virtud de su misión de interés general. De toda suerte, el Tribunal entendió que el asociar de esa forma a los requirentes al procedimiento, reviste una utilidad evidente (11).

En un caso concreto en litigio el Tribunal razonó lo siguiente:

-
- (11) La Comisión desempeña un papel de "trait d'union", "link", "voie d'accès", "road of access" entre el recurrente y el Tribunal.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire "Ringelsen" (art. 50) Série B, n° 13, pág. 38.
 Los gobiernos han acusado a la Comisión de haber olvidado su obligación de objetividad e independencia, mostrándose su "parcialidad" en favor del recurrente. Ibidem, pág. 49. En contra de esta argumentación se expresó Fawcett, quien aclaró el papel de la Comisión, en cuanto "Abogado de los derechos humanos" y que no debe actuar como abogado del recurrente e invoca el procedimiento contradictorio establecido por el Convenio para que ambas partes sean oídas. Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, vol. 15, pág. 120.

"Sin pronunciarse sobre el número exacto de abogados que hubiera sido necesario, el Tribunal no cree que uno sólo fuese suficiente".

Y concluyó admitiendo los honorarios de los tres abogados participantes, sus gastos de viaje y de hotel (12).

Se rechazaron, en cambio, los gastos de desplazamiento de los requirentes para hallarse en Estrasburgo en el momento de la lectura de la sentencia.

"Si fácilmente se comprende el deseo de los requirentes de asistir al momento de pronunciarse la sentencia, no se puede decir a los fines del artículo 50, que su presencia fuese necesaria, máxime dándose la circunstancia de que uno de los abogados se encontraba asimismo, en la sala de audiencia" (13).

En conclusión, la noción de necesidad de las sumas de indemnización y de los gastos procesales viene muy condicionada por la estimación que opere el Tribunal en cada caso con-

(12) Publ. Cour. Eur. D.H. arrêt Sunday Times du 6 Novembre 1980, Série A, n° 38 (article 50) parfs. 29-30, pág. 15.

(13) Publ. Cour. Eur. D.H. arrêt Köning, du 10 mars. 1980, Série A, n° 36, parfs. 15, pág. 14.

creto, debiendo de tenerse en cuenta el concepto general: es admisible "lo que es necesario para la presentación de las tesis" y para la "solución de los problemas en litigio". Este concepto puede resultar, en la práctica, muy amplio, y comprender hasta los gastos de traducción de escritos, el envío de documentos por avión, los gastos de hotel y de teléfono, etc.

c. Carácter razonable del importe global de la indemnización: Comprobadas la efectividad y la necesidad del gasto habido y del daño reclamado, se impone naturalmente el análisis del importe global de la suma adecuada de la reparación: si ésta corresponde o no a un "nivel razonable".

Una modalidad de la estimación posible de los importes reclamados, por ejemplo, los honorarios de un abogado podría ser la aplicación del método nacional de evaluación de los gastos. Conforme a éste planteamiento estatal, no resultaría razonable, excederse del nivel que sería normalmente reembolsable, según los baremos nacionales. Por otro lado, es lógico, que el Tribunal defienda su absoluta libertad de apreciación. No tiene que verse obligado a examinar la cuestión desde el ángulo nacional del Gobierno demandado. El criterio normativo del Tribunal, es claro, entiende siempre que,

"Las tarifas o criterios nacionales no le vinculan en materia de gastos judiciales reclamados en el ámbito del artículo 50"; de esta forma la proporcionalidad del mismo gasto opera en función del contenido de la reparación.

Cabría, teóricamente, tomar en cuenta otra modalidad de la estimación de los perjuicios y de los gastos, a efectos de la reparación. En este sentido interviene el razonamiento de que tales reembolsos no debieran de exceder de la cifra calculada según las tasas en vigor en el cuadro del sistema de asistencia judicial gratuita que funciona en la Comisión. Este criterio abre camino a la discrecionalidad equitativa del Tribunal. Y fué rechazado en más de un litigio pre valiendose, en un caso concreto del siguiente razonamiento:

"No se observa motivo alguno para denegar el reembolso completo de los gastos asu-
midos, con tal de que se evidencie su ca
racter de razonables" (14).

Esta norma genérica del carácter juicioso de las sumas reclamadas y de los gastos, de lo regular y de la mesura, de ser conforme a la razón, presupone un amplio margen de flexibilidad que permite apreciar al Tribunal, en cada caso concre
to, si ciertos conceptos y gastos "se imponen de modo manifies
to en el procedimiento relativo al artículo 50".

La prudencia y tacto aplicados sobre la materia en el orden jurisdiccional internacional se ha revelado, también, por el Tribunal europeo en relación con el concepto de inter-
eses de los gastos reclamados por los requirentes:

"Un interés del 10% por año a partir de la

(14) Ibidem, pág. 18 y Publ. Cour. Eur. D.H., arrêt Köning du 10 Mars 1980, Série A, n° 36, párrfs. 22-23 y 25 y pp. 18-19.

sentencia en causa" -sobre la aplicación del artículo 50- y hasta el momento de efectuarse el pago de la suma principal.

Podemos anticipar sobre los intereses de las sumas en litigio y de los gastos habidos o reclamados que el Tribunal eludió, de manera sutil, en una de sus sentencias, la aceptación explícita de los intereses razonando que cabía "presumir que el Gobierno demandado ejecutaría, en el mejor plazo, la obligación que le incumbía con arreglo al artículo 53 del Convenio".

En consecuencia, es bien evidente que el artículo 50 del Convenio permite una gran flexibilidad al Tribunal para enjuiciar la "satisfacción equitativa" a otorgar a los requirentes, como partes lesionadas en virtud de una violación del Convenio, trátase de sumas reclamadas o de gastos procesales cuando el derecho interno del Estado en litigio no facilite la reparación adecuada.

Ahora bien, es de observar que la discrección y prudencia concedida al Tribunal ha de estar en función directa del espíritu de equidad que inspira y preside las normas fundamentales del Convenio, en materia de reparación, especialmente en razón del carácter "equitativo" que ha de reflejar la compensación otorgada en virtud del artículo 50. Esta primacía de la equidad, es consagrada, también, por el artículo 50 (5) del Reglamento del Tribunal (15).

(15) De Visscher, Ch.: "L'Equité dans la détermination et l'évaluation des Dommages" en su obra "De l'équité dans le Règlement arbitral ou judiciaire des litiges de Droit International Public", París 1972, pp. 57-66.

Esta piedra fundamental de la equidad que inspira, en todo momento, al Tribunal contrasta con las pretensiones de los Estados que suelen confundir en más de una ocasión, la discreción con el arbitrio o los criterios arbitristas, en perjuicio de los derechos y deberes fundamentales de la persona humana.

II. Temática Concreta.

A. La Demanda de Reparación.

1. La admisibilidad de la demanda.

En función del derecho de reparación del artículo 50, el Tribunal hubo de analizar y enjuiciar entre las cuestiones jurídicas más fundamentales, la admisibilidad de la demanda de reparación y el buen fundamento de la misma.

El problema fue abordado, como ya anticipamos, con largos escritos y debates en el asunto De Wilde, Ooms y Versyp. El gobierno interesado -Bélgica- alegaba que las demandas de indemnización no debían de ser admitidas por el Tribunal porque los requirentes no habían agotado, previamente, las vías de recursos internos existentes sobre reparación. Este razonamiento básico era completado por otro argumento que los requirentes no habían, además, probado que la ley interna "no permitiese eliminar más que de modo imperfecto" las consecuencias de la violación.

El artículo 26 del Convenio -agotamiento de los recursos- antes de acudir a la Comisión -era aplicable, según el

Gobierno interesado, no solo a la "demanda inicial" que el interesado dirige a la Comisión en virtud del artículo 25, sino también a la "demanda de indemnización" formulada después de la confirmación por el Tribunal de la existencia de una infracción del Convenio (16).

La misma tesis oficial estatal fue invocada en el asunto Ringeisen, cuando Austria sostuvo criterios análogos, pero con otros matices, aduciendo que la anterior sentencia del Tribunal que reconoce la violación y el "eventual derecho" de reparación, clausura, cierra y pone término definitivo a la instancia de la reclamación inicial del requirente. La instancia ulterior de reparación del requirente, en función del "derecho eventual" reservado en la primera sentencia, tenía que constituir, según la tesis estatal, el objeto de una "demanda nueva" a formalizar en virtud del artículo 25 del Convenio, que debiera ser instruida por la Comisión y sometida al Tribunal, de acuerdo con las condiciones previstas en los artículos 47 y 48 del Convenio, porque, entre otras razones, la primera sentencia era definitiva (17).

(16) La tesis que sostenía el gobierno invocando el art. 26 del Convenio: "Que les demandes d'indemnité introduites auprès de la Commission au nom des requérants ne sont pas recevables, les voies de recours internes n'ayant pas été épuisées". Publ. Cour. Eur. D.H. Affaires De Wilde, Ooms, et Versyp "Vagabondage". Arrêt du 10 Mars 1972, (article 50) Série A, vol. 14, véase en Droit parfs. 14-15, pp. 7-8. Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, arrêt du 22 Juin 1972 (article 50), Série A, vol. 15, en Droit, parfs. 14, pág. 7.

(17) La tesis del gobierno se expresaba:
"... La Cour ne pourrait connaître de la demande de réparation qu'après que celle - ci aurait fait l'objet

Los gobiernos razonaron en fin, que el artículo 27, párrafo 3° del Convenio, (inadmisible por aplicación del art. 26) define una condición ineludible de la posible intervención de la Comisión se refiere a las "demandas" o reclamaciones presentadas ante el órgano, es decir, a la presentación de instancias reguladas por el Título o Sección III del Convenio -regulador de las funciones y competencia de la Comisión-.

El Tribunal no aceptó las tesis de los Gobiernos demandados. Son múltiples sus razonamientos. Ahora nos interesa atenernos a las cuestiones jurídicas más relacionadas con el derecho mismo de la reparación.

2. La petición de indemnización constituye la "fase última del procedimiento".

El Tribunal entendió en el caso concreto de Wilde, Ooms y Versyp, que la petición de indemnización no era equiparable, procesalmente, a la solicitud sobre la declaración de la existencia de una violación (regulada por la Sección o Título III del Convenio) sino que, más bien constituía "la fa-

.../...

d'une nouvelle requête formée en vertu de l'article 25 de la Convention instruite par la Commission et portée devant la Cour dans les conditions prévues aux articles 47 et 48...". "L'arrêt de la Cour est définitif". Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, arrêt du 22 Juin 1972 (article 50), Série A, vol. 15, En Droit, par. 14, pág. 7.
Recueil des Textes, pág. 112.

se última de un procedimiento habido ante el Tribunal, conforme al Título o Sección IV, regulador de las funciones y competencia del Tribunal. Por ello, las demandas de indemnización no eran "demandas nuevas". Se referían al derecho de reparación en virtud de la violación reconocida por el Tribunal. No tenían "nada que ver con la presentación de una instancia ante la Comisión", según los artículos 25, 26 y 27 del Convenio (18).

Si la Comisión las había transmitido al Tribunal, lo había hecho sin adjuntar Informe alguno (como es necesario, según los arts. 30 y 31, sobre la primera confirmación por la Comisión de la existencia de una infracción que justifica la admisión de las demandas) y solo en razón de la asistencia general que presta al Tribunal, según el artículo 71 de su Reglamento interior. En consecuencia, el Tribunal deducía la no aplicación al caso concreto del artículo 26 -regla del agotamiento de los recursos- con respecto a la demanda de indemnización, por constituir la "fase última del procedimiento" (19).

3. La instancia de reparación no es una "demanda nueva".

La tesis gubernamental de la necesidad de "dos demandas

(18) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire De Wilde, Ooms, et Versyp ("Vagabondage"), arrêt du 10 Mars 1972 (article 50), Série A, vol. 14, párf. 15, pp. 7-8.

(19) La determinación de la existencia de una violación del Convenio y la eventual concesión de una reparación son objeto de un único procedimiento y de una única decisión. Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringelsen. En

sucesivas" -una sobre la violación y otra sobre la reparación- no es conciliable con el fin y objeto del Convenio e introduciría una extrema lentitud en el sistema de salvaguardia establecido.

La petición de reparación se integra, pues, en la "fase última" del procedimiento iniciado en el asunto en litigio: la demanda de reparación no es, pues, una "demanda nueva". De lo contrario se incurriría en un "formalismo extraño al Derecho internacional", según había estatuido con anterioridad el propio Tribunal (20).

.../...

contra de la opinión de que no indicaba el Tribunal que su sentencia fuese parcial a la que pudiese proseguir un procedimiento suplementario para la fijación de una eventual reparación en virtud del art. 50. Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, Série B, vol. 13, pp. 25 y 41.

- (20) "Les demandes d'indemnité de trois intéressés ne constituent pas des requêtes nouvelles: relatives à la réparation à accorder par la Cour pour une violation par elle constatée, elles n'ont rien a voir avec l'introduction d'une instance devant la Commission selon les articles 25, 26 et 27 de la Convention; si la Commission les a transmises à la Cour, elle l'a fait sans les accompagner d'aucun rapport et en raison seulement de l'assistance que d'une manière générale elle prête à la Cour d'après l'article 71, de son Règlement intérieur. La Cour estime par conséquent, avec les délégués de la Commission, que l'article 26 ne s'applique pas en l'occurrence".
- Publ. Cour. Eur. D.H. Affaires De Wilde, Ooms et Versyp ("Vagabondage") arrêt du 10 Mars 1972 (article 50), Série A, vol. 14, Véase en Droit I, sur la recevabilité des demandes des requérants, pars. 14 y ss. pp. 7-11. en concreto paraf. 15, pág. 8.

El Tribunal ha decidido en sentencia separada la petición de reparación, en los asuntos De Wilde, Ooms, y Versyp, Ringelsen, Engel y otros, Köning, Sunday Times, Airey, Winterwerp, X c. Gran Bretaña, Le Compte-Van Leuven y De Meyere, Young-James y Webster (21).

En cambio, resolvió, en cuatro asuntos, la cuestión de la aplicación del artículo 50 en la misma sentencia relativa al fondo en los casos Golder, Deweer, Artico y Guzzardi.

En el momento en que redactamos nuestro estudio, no se ha visto aun para sentencia la aplicación del artículo 50 en el asunto Campbell y Cosans (22).

(21) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire De Wilde, Ooms, et Versyp, arrêt du 10 Mars 1972, Série A, n° 14, párf. 15, pág. 8.
"La demande du 16 Septembre 1971 ne saurait donc etre traitée comme une requête nouvelle, introduite en vertu de l'article 25, et la Commission a eu raison de la transmettre d'emblée à la Cour". Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Neumeister, arrêt du 7 Mai 1974, párf. 30. Arrêts du 18 octobre 198.

(22) El Tribunal dictó las sentencias de 18 de Noviembre de 1970 relativa a cuestiones de procedimiento en el asunto De Wilde, Ooms y Versyp y la sentencia de 18 de Junio de 1971, en cuanto al fondo y la de 10 de Marzo de 1972 relativa a la aplicación del art. 50, véase Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire ("Vagabondage") Série A, vol. 14.
En el asunto Ringelsen el Tribunal dictó las sentencias de 16 de Julio de 1971, (fondo) y de 22 de Junio de 1972 relativa a la aplicación del art. 50. En el asunto Neumeister, dictó las sentencias el 27 de Junio de 1968 (fondo) y el 7 de Mayo 1974 relativa a la aplicación del art. 50. En el Asunto Köning dictó la sentencia de 28 de Junio de 1978 (fondo) y la relativa a la

El gobierno demandado, alegaba, a su vez, la inadmisión de la petición de reparación porque los requirentes, al no haber agotado los recursos internos no habían probado que el Derecho interno no "permitiera borrar, más que de modo imperfecto, las consecuencias" de la violación.

La parte de la frase citada del artículo 50 enuncia, según el Tribunal, una "norma de fondo". Los redactores del Convenio no subordinaron, de modo expreso, -como ya expusimos-, las demandas de reparación del artículo 50 a la utilización previa de los recursos internos, como lo hicieron en el artículo 26 -en relación con el artículo 27, párrafo 3, para que la Comisión pueda conocer de un asunto.

Por ello, a juicio del Tribunal, no puede estimarse que el artículo 50 -sobre el derecho de reparación- consagre, en substancia, la misma regla del artículo 26 -sobre la admisión de instancias de reclamación por la Comisión- (23).

.../...

aplicación del art. 50 el 10 de Marzo de 1980. En el asunto Sunday Times, dictó la sentencia de 26 de Abril de 1979, fondo y la relativa a la aplicación del art. 50 el 6 de Noviembre de 1980. En el Asunto Airey, dictó la sentencia de 9 de Octubre de 1979, fondo y la relativa a la aplicación del art. 50 el 6 de Febrero de 1981. En el asunto Winterwerp, dictó la sentencia de 24 de Octubre de 1979, fondo y la aplicación del art. 50 el 27 de noviembre de 1981.

- (23) En el asunto Golder dictó la sentencia de 21 de Febrero de 1975. En el asunto De Weer dictó la sentencia de 27 de Febrero de 1980. En el asunto Artico dictó la sentencia de 13 de Mayo de 1980 y en el asunto Guzzardi dictó la sentencia de 6 de Noviembre de 1980.

El Tribunal entiende, además, que los antecedentes del artículo 50, se referían a ciertas demandas basadas en los tratados internacionales de tipo clásico que no tenían relación con la regla del agotamiento de los recursos internos.

Por otra parte, si la víctima de la violación, después de agotar "en vano" los recursos internos antes de dirigirse a Estrasburgo para denunciar la infracción de sus derechos vitales, tuviese que "agotarlos una segunda vez" para obtener la compensación equitativa, "la duración total del procedimiento resultaría poco compatible con la "idea de una protección eficaz" de los Derechos del Hombre. La situación resultaría "inconciliable con el fin y el objeto del Convenio" (24).

4. Los Magistrados que sentencian la violación deben entender de la reparación.

El desarrollo de un nuevo procedimiento para conceder la reparación, estimado necesario por ciertos Gobiernos no permitiría al Tribunal, "en su composición actual", cuando declara la violación conocer la cuestión del "Derecho eventual" de reparación reconocido en la sentencia declaratoria de la infracción, porque según el artículo 43, "cada asunto" nuevo necesita la constitución de una nueva Sala (25).

(24) Publ. Cour. Eur. D.H., Affaire De Wilde, Ooms et Versyp, arrêt du 10 Mars 1972, Série A, n° 14, párf. 16, in fine, pág. 8.
Invocado en el asunto Neumeister.

(25) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Neumeister, arrêt du 7 Mai 1974, Série A, n° 17 párf. 30 in fine. En la sen-

Precisamente en tal sentido habrá de ponderar el alcance del art. 43 del Convenio que exponemos a continuación:

"Para el examen de cada asunto sometido al Tribunal, éste se constituirá en una Sala compuesta por siete jueces. La integrarán, de oficio, el juez de la nacionalidad de cada Estado interesado, o, en su defecto, una persona elegida por él para actuar en calidad de juez; los nombres de los restantes jueces serán sacados a suerte por el Presidente, antes de entrar a conocer el caso" (26).

.../...

tencia interpretativa de 22 de Junio de 1972, observamos que la composición de la Cámara varia en relación a la que dictó la misma. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 15.

- (26) El Tribunal rechazó esta tesis en el asunto Ringelsen:
- "Elle note tout d'abord que si elle accueillait le moyen invoqué il en découlerait que même après le déroulement de la nouvelle procédure considérée par le Gouvernement comme nécessaire, elle ne pourrait dans sa composition actuelle connaître de la question de l'application éventuelle de l'article 50: d'après l'article 43, toute affaire nouvelle nécessite la constitution d'une chambre nouvelle".
- Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringelsen, arrêt du 22 Juin 1972 (article 50) Série A, n° 15, par. 15, pág. 7.

Es razonable que el interés de la buena administración de Justicia aconseje que "el examen de la reparación del daño resultante de una violación del Convenio sea confiado a la jurisdicción que ha confirmado la violación" (27). Esa conexión de las dos cuestiones subyace, según el Tribunal, en la base misma del artículo 50, que tiene por objeto permitir la asignación, "sin nuevos retrasos", de la "compensación equitativa" a la persona víctima de la violación (28).

5. Valor de la reserva del derecho eventual del requirente.

Tiene, desde luego, un gran valor especial el hecho singular de que el Tribunal reserve, de modo expreso, en una sentencia, el "derecho eventual" del requirente a obtener una

(27) En el asunto en concreto: "Asunto Ringeisen", el Tribunal europeo de derechos humanos se constituyó conforme al art. 43 del Convenio expuesto y a los arts. 21 y 22 de su Reglamento interno, en Cámara de las siguientes composiciones: los jueces, el Presidente Rolin, H., A.E.V. Holmback Verdross A., Wold, T., Zekia, M., Favre, A., Sigurjónsson S. Y como Secretario actuó Eissen M.A. y como Secretario delegado Smyth J.F. Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, arrêt du 22 Juin 1972, Série A, vol. 15, pág. 4.

(28) Afirmó textualmente: "... Or il est certes préférable, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, que l'examen de la réparation du dommage résultant d'une violation soit confié à la juridiction qui a constaté ladite violation". Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, arrêt du 22 Juin 1972, (article 50), Série A, vol. 15, par. 15 in fine, pág. 7.

compensación equitativa. Desde el instante de efectuada la reserva, el Estado sabe que no puede eludir el deber, ahora internacional, de compensar, como es debido, el daño causado a la víctima. Este hecho de la reserva del derecho eventual de reparación muestra la posibilidad, si fuere necesario, de que la víctima obtenga tal compensación por decisión explícita y superior del Tribunal, en virtud del artículo 50.

Cierto es, como hemos expuesto, que el requirente carece de locus standi ante el Tribunal, y, por ello, es natural que la persona lesionada presente sus pretensiones a la Comisión, y ésta, dentro de su competencia, eleve la instancia al Tribunal. Por ello, el Tribunal se encuentra en situación regular de esclarecer la procedencia y de determinar la compensación en razón del artículo 50 (29).

En el asunto Ringeisen en la audiencia pública Sperdutti en nombre de la Comisión consideró que el Tribunal tiene plena jurisdicción en los siguientes términos:

"Implique que vous deméurez compétent
-avec ou sans réserve dans votre arrêt
constatant une violation- pour statuer

-
- (29) El Tribunal cuando ha establecido la existencia de una violación debe determinar si el derecho interno permite borrar las consecuencias. Si no creyese que pudiera obtenerse la total reparación en el ámbito interno deberá determinar si entiende otorgar una indemnización. Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, Série B, vol. 13, pág. 25.

sur l'octroi d'une satisfaction équitable, si cette satisfaction n'a pas été accordée par l'Etat en cause dans un délai raisonnable et en dépit des sollicitations du lésé" (30).

6. Propósito de favorecer el arreglo entre el Estado y el requirente.

Supondría incurrir en un "formalismo extraño al Derecho internacional", el condicionar la aplicación del artículo 50 al supuesto deber del Tribunal de decidir la reparación en la misma sentencia declarativa de la violación, y no poder dejar abierto el procedimiento a tal fin.

La práctica del Tribunal se inspira en el propósito de hacer posible que el Estado demandado, después de recaída la sentencia reconociendo la infracción, pueda arreglar la cuestión de la reparación directamente con la parte lesionada, sin

(30) La Comisión señaló en la vista de 14 de febrero "Qu'il plaise à la Cour d'accorder aux requérants une satisfaction appropriée en tenant compte du fait qu'une nouvelle voie de recours a été instituée en droit belge à la suite de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'homme du 18 Juin 1971, et ainsi indirectement à la suite des requêtes introduites para M.M. De Wilde, Ooms et Versyp devant la Commission". Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire De Wilde, Ooms et Versyp ("Vagabondage"), arrêt du 10 Mars 1972 (article 50), Série A, vol. 14, par. 19, pág. 9. Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, arrêt du 22 June 1972 (article 50) Série A, vol. 15, par. 19, pág. 7.

que se vea obligado el Estado a una "nueva intervención del Tribunal". Este parece ser el buen sentido de la reserva del "derecho eventual" de reparación contenida en la sentencia declarativa de la violación (31).

7. El carácter definitivo de la Sentencia.

La idea estatal de que la sentencia declarativa de la violación es "definitiva", y por tanto es preciso, después, una demanda y un procedimiento nuevos para la concesión de la reparación no se aviene, según el Tribunal, con el espíritu y el con texto del artículo 52 del Convenio.

Este, en efecto, prescribe que "la sentencia del Tribunal será definitiva".

Pero el carácter definitivo de la sentencia previsto en el artículo 52, tiene solo por objeto substraer las decisiones del Tribunal de la eventualidad del recurso a cualquier otra autoridad. La sentencia del Tribunal es firme conforme al artículo 52 del Convenio. Además, habrá de ser motivada (art. 51 -2-) y las Partes Contratantes se obligaran a cumplir tales decisiones conforme al artículo 53. Así lo reconocieron los propios Estados ante el Tribunal.

Por ejemplo el agente austríaco Pahr W., ante el Tribunal señaló la expresa voluntad del gobierno austríaco de respetar el principio "pacta sunt servanda" y el artículo 53 del Con

(31) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, Série B, vol. 13, pág. 14.

venio, e informó sobre el proyecto austríaco de conferir "fuerza ejecutoria" a las decisiones del Tribunal cuando éste conceda una reparación; ésta sentencia "sera immédiatement exécutoire contra la République d'Autriche" (32).

B. Fundamentación de la demanda de reparación.

El tema del buen fundamento de la demanda de reparación

-
- (32) "On témoignerait d'un formalisme étranger au droit international si l'on avançait que la Cour ne peut appliquer l'article 50 qu'à condition soit de statuer à ce sujet dans l'arrêt même relevant une violation, soit d'avoir dans cet arrêt expressement maintenu ouverte la procédure". Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, arrêt du 22 Juin 1972 (article 50) y Série A, vol. 15, párr. 14-18 y 22, pp. 7-9, en concreto párf. 18, pág. 7. En igual sentido se había manifestado en l'arrêt De Wilde, Ooms y Versyp du 10 Mars 1972, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 14, párf. 20, pág. 10. Invocados ambos asuntos en la sentencia de 7 de Mayo de 1974 en Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, Affaire Neumeister, arrêt du 7 Mai 1974 (article 50). Série A, Vol. 13 vol. párf. 31. "... la pratique suivie jusqu'ici par la Cour en la matière a été manifestement inspirée par la souci de tenir compte, dans la mesure du possible, des vœux des Etats défendeurs, qui peuvent répugner à débattre des conséquences d'une violation dont ils contestent la réalité et désirer conserver la faculté, en cas de constatation de pareille violation, de régler directement avec la partie lésée la question des réparations...". Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen arrêt du 22 Juin 1972 (article 50), Série A, vol. 15, párf. 18 in fine, pág. 7.

no ha sido analizado jurisprudencialmente de modo sistemático y genérico, sino en razón de los asuntos concretos, como es usual en las decisiones judiciales. Los asuntos resueltos nos permiten exponer una serie de cuestiones relacionadas con la fundamentación.

1. La naturaleza del daño y la compensación equitativa.

La legislación interna admitía, según el Gobierno demandado en el asunto De Wilde, Ooms y Versyp que los tribunales nacionales pudieran, en principio, condenar al Estado "a reparar el perjuicio" ocasionado. Esta es la eventualidad contemplada en el artículo 50. Por ello, los requirentes debían de dirigirse a los Tribunales internos. Por no haberlo hecho, sus demandas carecían de fundamento.

El Tribunal no subscribió esa concepción sobre el buen fundamento de la demanda. Entendía que, ciertamente, los tratados que sirvieron de base el artículo 50 contemplaban el caso en que la "naturaleza de la lesión" permitía borrar las consecuencias de la violación, pero el Derecho interno se oponía a ello. Sin embargo, los términos del artículo 50 comprenden, también, la hipótesis de la imposibilidad de la "restitutio in integrum" por causa de la "misma naturaleza de la lesión". En ambos casos ha de ofrecerse a la persona lesionada la "compensación equitativa que no hubiera podido obtener del Gobierno del Estado interesado". Y, en el caso concreto, la compensación fue denegada por el Ministerio de Justicia del Gobierno demandado. La demanda no carecía, pues, de falta de fundamento, aunque existiesen otras instancias internas posibles (33).

(33) Véase Audiences Publiques, Mai 1972, Publ. Cour. Eur.

2. La no distinción entre actos y omisiones.

El Gobierno interesado aducía, la falta de cumplimiento de las condiciones del artículo 50, porque una "cierta ca-

.../...

D.H. Affaire Ringeisen, Série B, vol. 13, pág. 52.
La decisión por la que el Tribunal decide la infracción del Convenio es el punto de apoyo para proseguir el procedimiento tendente a obtener la reparación. Solo por lógica antecede la declaración de la violación a la de la reparación. Pero ambas y esto es lo relevante a nuestros efectos forman parte y son la consecuencia de un mismo procedimiento.
"...l'arrêt sur le fond n'est pas le point final de la procédure de réparation mais il est au contraire le commencement". Golsong H.: "Quelques reflexions à propos du pouvoir de la Cour européenne des droits de l'homme d'accorder une satisfaction équitable. (article 50 de la Convention européenne des Droits de l'homme). En René Cassin Amicorum Discipulorumque.
En cuanto a la fuerza obligatoria de las decisiones de carácter definitivo, en relación con el Tribunal Internacional de Justicia. Véase Juris Classeur de Droit International, II, vol. 3, Fascicule 128. Respecto de los efectos de las sentencias arbitrales véase Ibidem. Fascicule 249. El Gobierno austriaco en sus observaciones escritas relativas a la aplicación del art. 50, en el asunto Ringeisen se apoyaba en el punto 7 de la sentencia de 16 de Julio de 1971 que debía ser interpretado como: "Ayant définitivement clos l'instance". Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, Série B, vol. 13, pp. 26-27 (E. 1). Además afirmaba el "carácter declarativo" de la sentencia, se limitaba a comprobar la violación. Ibidem, pág. 26 e invocaba el efecto a Vis W.: "La réparation des violations de la Convention européenne des Droits de l'homme" en: "La Protection Internationale des Droits de l'homme dans le cadre européen". Vol. I des Annales de la Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg", París, 1971, pp. 279 y ss.

rencia legislativa o jurisprudencial" no constituía una "decisión" o "medida", definitiva e incorregible, según prescribía el artículo 50.

El Tribunal entendía, en cambio, que no tenía que estatuir "sobre un problema abstracto" de la compatibilidad de la legislación interna con el Convenio, sino de su "aplicación al caso concreto". Y, además, en materia de responsabilidad, por incumplimiento del Convenio, no cabe distinguir entre "actos y omisiones" (34).

En este punto, el criterio predominante del Tribunal europeo considera que no es, en ningún caso, aceptable la antigua distinción entre actos u omisiones. Esta distinción no opera cuando se trata de la responsabilidad derivada de la inobservancia del Convenio.

Tampoco es suficiente atenerse a un criterio genérico, ni abstracto de compatibilidad o no de la legislación interna con los imperativos del Convenio. Habrá que analizar las circunstancias precisas de los "casos específicos", y ponderar de modo concreto la aplicación por las autoridades internas del Derecho nacional a las personas que se estiman lesionadas (35).

(34) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 14, par. 16, pág. 8. Sobre el fundamento del derecho de reparación véase Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, vol. 13, pp. 42-44.

(35) El Tribunal se manifestó en los siguientes términos: "En matière de responsabilité résultant de l'inobservation de la Convention il n'y a du reste pas lieu de distinguer entre actes et omissions".

En el asunto Marckx, el razonamiento oficial belga sostenía que no se habían generado daños a los requirentes por la puesta en práctica de las disposiciones internas que habían invocado.

El Tribunal entendió que el Convenio (art. 25) faculta a los particulares para sostener que una ley viola por sí misma los derechos individuales aún en el caso de ausencia de un acto concreto de ejecución, si se corre el riesgo de sufrir directamente sus efectos. Los requirentes, decía el Tribunal, no solicitaban el ejercicio "de un control abstracto de las normas", sino el examen de "una situación legal" que les afectaba personalmente (36).

.../...

Publ. Cour. Eur. D.H. Affaires De Wilde, Ooms et Versyp ("Vagabondage") arrêt du 10 Mars 1972 (article 50), Série A, vol. 14, párf. 22, pág. 10.

- (36) En virtud de los arts. 19 y 25 del Convenio, el Tribunal señaló en el asunto "De Becker" la Comisión expresó que la nueva ley incidía en el Convenio en la medida en que afectaba al derecho a la libertad de expresión en materia política, en base de una sanción penal o medida preventiva. Sobre la alegación del recurrente señalaba que: "... la Cour n'est point appelée, en vertu des articles 19 et 25 de la Convention, à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité de cette loi avec les dispositions de la Convention, mais sur les cas concrets de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait, de ce fait, lésé dans l'exercice de l'un des droits garantis par la Convention", Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire "De Becker", arrêt du 27 Mars 1962, sur la demande de radiation, 10, pág. 26. En cuanto a las obligaciones de los Estados y al carácter positivo de las mismas véase Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Marckx,

.../...

3. La persona lesionada o víctima.

La expresión de "persona lesionada" del artículo 50 debe considerarse como sinónima del término "víctima" del artículo 25. Ambos artículos denotan la persona directamente afectada por el acto u omisión causante del daño (37).

Claro es que la existencia misma del daño es, a su vez, puesta en tela de juicio, con harta frecuencia, por el Estado inculpado. El tema ha sido planteado, más de una vez, con motivo de la interpretación y aplicación práctica del concepto "privación de libertad". Pero es indudable que la inexistencia de una instancia interna que pueda examinar la legalidad, por ejemplo, del arresto o detención de una persona constituye, desde luego, un daño determinable y generador del concepto de "persona lesionada" y una violación manifiesta del Convenio. Más polémico resulta hablar de la existencia de daño, cuando no sea fácil esclarecer la concurrencia de arbitrariedad o irregularidad en el momento inicial de la detención que no se vea, luego, confirmada por una segunda instancia interna.

.../...

arrêt du 13 Juin 1979, Série A, n° 31, pág. 15. E invocado muy recientemente en el Affaire Campbell y Cosans". Arrêt du 25 de Fevrier 1982, pár. 37, a), pág. 13. En la sentencia de 13 de Junio de 1979 el Tribunal equi para la "filiación natural" a la "filiación legítima". Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Marckx, arrêt du 13 Juin 1979, Série A, n° 31, párf. 31, pág. 15.

(37) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 14, párf. 23, pág. 11.

Naturalmente, al lado del daño material, puede generarse el moral, pero las dos clases de daños son igualmente causa de lesión concreta.

La interpretación de ambos en el supuesto de privación de libertad es, asimismo, una fuente de discrepancias frecuentes entre el Estado y la persona víctima.

En efecto, el Gobierno austríaco, en el asunto Ringeisen, sostuvo que el individuo no está facultado para hacer valer ante el Tribunal el derecho eventual que le ha sido reconocido en el punto 7 de la parte dispositiva de la sentencia. Invocaba el artículo 48 del Convenio, la falta de "ius standi" ante el Tribunal. La Comisión en la vista oral subrayaría su papel de alcance de "trait d'union" entre el Tribunal y el requirente, (voie d'accès du premier) (réquirent) au seconde (à la Cour)".

La Comisión se calificó, asimismo, de ser, para el requirente, la "vía de acceso" al Tribunal. Pero el Convenio no prevé una vía de acceso al Tribunal. La Comisión no debe tomar el partido del requirente. Debe desempeñar el papel de intermediario objetivo (38).

Los delegados de la Comisión participaron en el procedimiento ante el Tribunal para presentar su informe y:

"Para explicar con toda objetividad e imparcialidad, en la medida de lo posi-

(38) Publ. Cour. Eur. D.H., Affaire Ringeisen, Série B, vol. 13, pp. 38, 48-49.

ble las cuestiones que se suscitan. Por esa razón la Comisión adopta la forma interrogativa en sus conclusiones" (39).

En consecuencia, la falta de "ius standi" en juicio del requirente, no afecta para nada al hecho de que se sienta y lle gue a ser, judicialmente, declarado, como la parte lesionada o víctima de la violación.

Por consiguiente la "parte lesionada" a que se refiere el artículo 50 se corresponde con la noción de "víctima de una violación" del artículo 25, cualquier persona física o jurídica. A diferencia de los tratados de arbitraje que solo contemplaban a los Estados.

El supuesto jurídico del artículo 50 del Convenio coincide con la idéntica referencia que se hace en el artículo 50, párrafo 5 del Reglamento interno del Tribunal.

Es la legitimación del particular que tendrá derecho a exigir una reparación equitativa. Es ésta, como indicamos, una de las mayores aportaciones del Convenio -al margen de la falta

(39) Véase intervención del Agente Nettel en Audiencias Publiques Mai 1972, Ib, pág. 48-49. Véase Vista Pública de Noviembre 1970. Asunto de Vagabundeo. Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, 1969-1971. Intervención de Sørensen M., pp. 370-373. Derecho del requirente a obtener una reparación. Este derecho no presenta ninguna duda ya que se le reconoce en la sentencia en que el Tribunal constata la existencia de la violación del art. 5 (3). Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen vol. 13, pp. 42 y 44.

de legitimación activa ante el Tribunal-. El derecho de acción lo ejercerá de forma indirecta el particular, por medio de la Comisión, ante el Tribunal. Ciertamente es que el individuo carece, en sentido estricto de "locus standi" ante el Tribunal europeo y no podrá dirigirse directamente al órgano jurisdiccional. Pero es, pese a ello, muy importante la posibilidad que se le confiere de presentar una demanda de reparación, en razón del artículo 50, que, en más de una ocasión, va a ser resuelta por el Tribunal (40).

4. La determinación del plazo no razonable puede pre-
ceder al enjuiciamiento de la fundamentación.

Este ha sido el criterio del Tribunal en el asunto

(40) Vis, W.: "La réparation des violations de la Convention européenne des droits de l'homme (Note sur l'article 50 de la Convention)" en "La Protection internationale des Droits de l'homme dans le cadre européen" París 1961, pp. 279-289, en concreto pp. 282-283.
Panzera, A.F.: "Il potere della Corte europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa" En Rivista di Diritto Europeo Ottobre - Dicembre 1974, Anno XIV, n° 4, pp. 317-325.
Vallée, Ch.: "Une application de l'article 50 de la Convention européenne des Droits de l'homme". R.G.D. I.P., 1972, pág. 1110.
Golsong, H.: "Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention", Karlsruhe 1958, pág. 106.

Neumeister (41). Antes de estatuir sobre el buen fundamento de la demanda, era necesario determinar, según el Tribunal, la fecha a partir de la cual la detención provisional del requirente -en el caso concreto se trataba de "una segunda detención"- había dejado de ser razonable conforme al artículo 5, párrafo 3. Si este extremo no había sido precisado de modo expreso, en la primera sentencia confirmatoria de la violación (de 1968), obedecía al hecho de que el requirente no había reclamado, entonces, los daños e intereses.

El Tribunal, es muy cauteloso sobre la materia. Tomó en cuenta una fecha determinada, advirtiendo que tenía solo "un carácter aproximativo", pues no consideraba necesaria una precisión mayor "habida cuenta de las conclusiones a que llegaba en cuanto a la demanda de indemnización" (42).

Asimismo en el asunto Ringeisen el Gobierno austriaco en sus observaciones complementarias señalaría el mal fundamento de la demanda de reparación por la ausencia de un nexo de causalidad entre el daño alegado y la violación del artícu-

(41) Publ. Cour. Eur. D.H., arrêt Neumeister du 7 Mai 1974, párf. 37, se trataba del período de 12 Julio de 1962 al 16 de Septiembre de 1964. Véase Arrêt Neumeister du 27 Juin 1968, Série A, n° 38, párf. 6, pág. 37.

(42) Ibidem, párf. 6, pág. 37 y Affaire Neumeister (Question de l'application de l'article 50 de la Convention). Série B, 15, 1971 - 1974, pp. 115 y ss.

lo 5 (3). Entendía el Gobierno que el recurrente no había probado la relación entre el perjuicio sufrido y la violación; afirmaba que el perjuicio se derivaba únicamente de la quiebra fraudulenta y de su posterior condena (43), pero, no de las autoridades nacionales.

Sin embargo la Comisión consideraría que el gobierno austríaco no había adoptado en un plazo razonable las medidas necesarias para hacer frente a las obligaciones que se derivan de la violación del Convenio declarada por el Tribunal (44).

C. La realidad del daño y el nexo de causalidad.

En los casos litigiosos ante el Tribunal, los requirentes no llegan siempre a aportar las pruebas suficientes del daño o del perjuicio directo, ni tampoco de la concurrencia de los efectos secundarios. En realidad los requirentes no suelen invocar siempre compensación alguna complementaria por los gastos realizados, ni determinar esencialmente la reclamación dineraria. Esta imprecisión es bien explicable en razón de los agravios que aduce el requirente y las violaciones distintas que de aquellos puede deducir el Tribunal. Por ejemplo, cuando

(43) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, Série B, vol. 13, pág. 35, punto II.

(44) Observaciones de Sperdutti en Audience Públic de Mayo 1972, Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen, Série B, vol. 13, pág. 42.

no se reconoce infracción alguna por el hecho de la detención y, en cambio, se admite la existencia de una infracción por falta de recurso ulterior de que careciese la persona detenida, o ésta no se haya beneficiado de la asistencia judicial gratuita, etc.

1. No precisión de la naturaleza, ni del alcance del daño.

El interesado puede -dice el Tribunal- no aportar "precisiones, ni comienzo alguno de prueba sobre la naturaleza y el alcance de los daños que hubiera sufrido". Son variados los supuestos en los que el interesado "se remite en substancia a la apreciación del Tribunal" (45).

(45) Recueil des Textes, pág. 112. Cuestión distinta es la que se refiere a que el Tribunal solo examina habitualmente las reclamaciones que le son elevadas. Arrêt De-weer du 27 Fevrier 1980, Série A, n° 35, párf. 59-60, pp. 31-32. Así en el Artico el abogado del recurrente solicita a través de la Comisión que el Tribunal le conceda una "reparación" cuyo montante deja a su discreción, por los honorarios de su abogado y por la detención irregular y el daño moral sufrido. El Tribunal podrá tener en consideración en cuanto a la petición de indemnización los gastos sufridos por los recurrentes en el Estado demandado y que son condición previa para la presentación de la demanda ante la Comisión (art. 26 del Convenio). Recueil des Textes, pág. 108 y Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 12, arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 Juin 1971, párf. 29, pág. 50. Arrêt Airey du 9 Octobre 1979, Série A n° 32, párf. 18, pp. 10-11 y arrêt Sunday Times du 6 Novembre 1980, Série A, n° 38, párf. 18, pág. 11. En el asunto Artico el Tribunal consideró que puesto que disfrutó de asistencia de abogado gratuita ante la Comisión no procedía a este respecto la reparación a la luz del art. 50. Arrêt du 13 Mai 1980. Arrêt Luedicke Belkacen et Koç du 10 Mars 1980, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 36, párf. 15, pág. 8.

Y es, entonces, cuando el Tribunal tiene en cuenta el "conjunto de las circunstancias de la causa". Es en esa situación en la que el Tribunal concedió una compensación de un millón de liras al "mafioso" Guzzardi (46).

El caso merece algún comentario, por la anomalía o extrañeza del tema, pues el requirente se encontraba en prisión, conforme a derecho, y era calificado de terrorista por el Gobierno italiano. La existencia de la violación se refería a ciertas restricciones de la libertad, derivadas del confinamiento a que estaba sometido y que el Tribunal, siguiendo a la Comisión, había elevado, por acumulación, al rango convencional de privación de libertad.

En efecto, el requirente cumplía la pena de confinamiento en una isla y se quejaba de ciertas restricciones a la libertad de circular y de elegir su residencia. Esta materia está regulada por el Protocolo n° 4 -que Italia, no había ratificado. El reclamante aducía, también, supuestas violaciones de los artículos 3, 8 y 9 del Convenio -tratos degradantes, vida familiar, libertad de pensamiento y religión-.

(46) Que decidió por 12 votos contra seis, en contra de la violación se manifestaron en sus respectivos votos particulares Sir. Gerald Fitzmaurice, Teitgen, García de Enterría, Matscher, Brindschleder Robert. Entre privación y restricción de libertad no hay más que una diferencia de grado o de intensidad, no de naturaleza o de esencia". Véase arrêt Guzzardi du 6 Novembre 1980, párf. 93, pág. 27.

2. No precisión del derecho.

El Tribunal -siguiendo a la Comisión- admitió que las modalidades de ejecución del confinamiento equivalían a una infracción del artículo 5 -privación de libertad-. Esta infracción no había sido, inicialmente, invocada por el requirente, sino resuelta discrecionalmente por la interpretación de la Comisión y confirmada por el Tribunal. En el sentido de que las medidas restrictivas de la libertad pueden transformarse en una verdadera privación de libertad.

El Tribunal entendió, sin embargo, que la Comisión había hecho una interpretación que se convenía con "los fines y el objeto del Convenio", porque al requirente -profano en la materia- no se le puede pedir una precisión minuciosa del derecho. Exigirles más rigor llevaría "a consecuencias no equitativas", como se había establecido en el Asunto Ringeisen (47). Y, por otro lado, el Tribunal considera que le corresponde "el poder jurídico inherente a la naturaleza de sus funciones", según había razonado en el asunto Köning (48), lo cual le permite dar a los hechos de la causa una "calificación jurídica diferente de la que le atribuya el interesado" (49).

(47) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 13, párf. 92, pág. 38.

(48) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 27, párf. 96, pág. 36.

(49) Asunto Irlanda contra Gran Bretaña, Arrêt du 18 Janvier 1978, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 25, párf. 160, pág. 64.

Asimismo, la evolución de las normas jurídicas y de las ideas tiende a acrecentar la diversidad de las formas de privación de libertad, y el "Convenio se interpreta -dice el Tribunal- a la luz de las concepciones que prevalecen en nuestros días en los Estados democráticos" (50).

El alcance futuro de la decisión comentada sobre el derecho de reparación puede ser considerable. Porque, de un lado, lleva a una interpretación tan extensiva del daño que permite englobar en el artículo 5 del Convenio -privación de libertad-, las prescripciones restrictivas de la libertad de circular y de elegir residencia que son reguladas por el Protocolo n° 4. Y no todos los firmantes del Convenio subscribieron el Protocolo, ese era el caso de Italia.

En segundo lugar, porque la determinación del daño, puede permitir o dar motivo para correr el riesgo de que el Tribunal amplíe en exceso el contenido de la demanda de reparación, ofreciendo una causa de indemnización que no solo no sea invocada por el requirente, sino que se salga del estricto contexto o se halle al borde mismo del Convenio.

No prejuzgamos la eventualidad de que se susciten en el futuro nuevas ambigüedades sobre la substancia de la infracción y la interrelación del artículo 5 con el artículo 50.

(50) Arrêt Guzzardi du 6 Novembre 1980, párf. 95, p. 28.

3. La causalidad en la detención provisional y la imputación de la detención sobre la pena.

El Tribunal entiende, naturalmente, que los "daños" alegados tienen no solo que ser bien establecidos en cuanto a su "realidad" sino, también, bien esclarecidos en cuanto a la "existencia del vínculo de causalidad" en relación con la violación (51).

La cuestión fue debatida, entre otros, en el asunto Neumeister. El requirente reclamaba varios millones de chelines austríacos, en razón del perjuicio ocasionado, (por su segunda detención provisional) a la sociedad comercial de su propiedad y al mismo interesado. El daño obedecía a una causa doble: "pérdida de su remuneración de director de la empresa y por la injusticia sufrida". El Gobierno, en cambio, pensaba que la decisión de "gracia" que le había otorgado -por vía de arreglo- de la conmutación de la pena constituía, por si misma, una reparación integral, además del hecho de que la "detención provisional había sido imputada sobre la pena" (52).

(51) "La Cour rappelle que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs; la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense en égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique".
Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Airey, arrêt du 9 Octobre 1979, Série A, n° 32, pp. 12-13, parf. 24 y Affaire Artico, arrêt du 13 Mai 1980, parf. 33.

(52) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 7 Mai 1974 (Question de l'application de l'article 50 de la Convention). Série A, n° 17, parf. 21, pag. 10.

A juicio del Tribunal, la segunda detención provisional era, en sus orígenes, compatible con el Convenio, pero dejó de serlo más tarde por exceder de un "plazo razonable". Hasta una fecha, aproximadamente, -el 1° de Marzo de 1963- la interrupción de la actividad profesional del requirente "derivada de decisiones conformes a las exigencias del Convenio" (53). Por ello, se interrumpía la vigencia del nexo de causalidad y no daba origen al derecho de reparación. Solamente entraría en línea de cuentas, la fecha a partir del momento en que la detención rebasaba el "plazo razonable", y siempre que ese hecho tuviese por resultado "un daño distinto del que el requirente hubiese sufrido necesariamente en el caso en que se le hubiese perdonado un año y medio más temprano pero en prisión, por el mismo lapso de tiempo, después de su condena" (54).

4. Los daños materiales y el perjuicio moral.

El Tribunal resolvió, en el caso Neumeister que no procedía una compensación por daños materiales y admitió, en cambio, la existencia de cierto "perjuicio moral".

La duración de la segunda detención provisional, "justificaba, en principio, el derecho a una reparación". Tal era, también, el parecer de la Comisión.

(53) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 27 Juin 1968, Série A, n° 7, párrs. 6, 9 y 10, pp. 37-39.

(54) El Tribunal concluyó que no había lugar a conceder al recurrente una satisfacción por los daños materiales. Véase Arrêt du 7 Mai 1974 (Question de l'application de l'article 50 de la Convention), párrs. 40-41, pp. 18-19.

Ahora bien, el artículo 50 permite cierta discrecionalidad al Tribunal para conceder la compensación, "si hay lugar" para ello. Y en el caso de Neumeister, el interesado fue declarado culpable y afectado por una pena más larga que su detención provisional, y ésta fue computada, por entero, sobre aquella. Además, se benefició de una reducción, por vía de "gracia", que el propio interesado había solicitado como la mejor de las reparaciones. "Estas diversas circunstancias, equilibran el daño moral del que se queja". En consecuencia, a juicio del Tribunal, tanto el daño material como el perjuicio moral pueden verse compensados por la concesión de "gracia" del Estado demandado -en caso de privación regular de libertad-; no procede, por ello, una compensación pecuniaria (55).

Por consiguiente, las ventajas derivadas de la reducción de la pena pueden constituir una compensación equitativa por el daño material y moral, causado al requirente por la prolongación excesiva de su detención provisional.

Pero esta conclusión no impide al Tribunal averiguar "si los gastos soportados por el requirente para la defensa de sus derechos" se encuentran suficientemente compensados por dichas ventajas. Y el Tribunal en este punto, distinguió entre el "perjuicio acarreado por la violación" y "los gastos necesarios" que el interesado sufragó para obtener el reconocimiento de la violación y, después de ello, una "compensación equitativa" de

(55) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire "Neumeister", arrêt du 7 Mai 1974 (Question de l'application de l'article 50). Série A, n° 17, párf. 41, pág. 19.

las autoridades nacionales o del Tribunal europeo (56).

Y aunque la "medida de gracia equilibra en el caso concreto el daño material y moral", no reviste el mismo carácter de satisfacción equitativa respecto a los "gastos necesarios de abogados" durante varios años. "Hay, pues, lugar" para conceder, sobre éste extremo, "una compensación justa". Y, por ello, el Tribunal fijó en treinta mil chelines austríacos la suma que el Estado demandado debía de abonar al requirente Neumeister (57).

5. La reputación del requirente y el perjuicio moral.

El Tribunal ha graduado con delicadeza el deterioro de la reputación profesional como perjuicio moral. En efecto, en un caso concreto no aceptó que la prolongación excesiva del "plazo razonable" pudiera, por si mismo, atentar contra "la reputación del requirente", pero por otro lado, admitió que le mantuvo "en una incertidumbre prolongada". En el asunto Köning en el momento que se pronuncia la sentencia en 1978, las instancias se hallaban en curso desde hacia casi once años, respecto a la dirección de la clínica del requirente, y más de siete años con respecto a la práctica de la medicina .

(56) Ibidem, párf. 40, pp. 17-19.

(57) Lo decide por unanimidad. Ibidem, párf. 41, pág. 19, y párf. 43 pág. 20 y Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire De Wilde, Ooms, et Versyp, Arrêt du 10 Mars 1972, Série A, n° 14, párf. 21, pág. 10.

La naturaleza de esa situación efectiva podía llevar al requirente a vacilar y diferir el acometer una actividad nueva. Y convenía tener en cuenta que existían perspectivas de "reconversión profesional" (58).

Por otra parte, la lentitud excesiva del proceso podía haber lesionado al requirente -aplazando la venta o alquiler de la clínica. Desde luego, la incertidumbre prolongada, en que vivió varios años esperando el resultado aleatorio del proceso, constituía "una fuente de inquietud permanente y profunda", que le había causado, por si misma, "perjuicio moral" (59).

D. La violación y la compensación.

1. La violación no implica siempre compensación automática.

Hemos razonado ya, que la obligación de reparar el daño causado a la víctima es un principio general del derecho. Y

(58) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A n° 25, párf. 105, pág. 37.

(59) "... La longueur excessive de la procédure relative a la direction de la clinique a, selon toute vraisemblance, lésé l'intéressé en l'incitant à renvoyer à plus tard la vente ou la location de cette dernière et à laisser ainsi échapper certaines chances ou occasions. Enfin, l'incertitude prolongée dans laquelle il a vécu pendant quelques années supplémentaires, attendant l'issue toujours aléatoire du procès, a constitué pour lui une source d'inquiétude permanente et profonde elle lui a causé par elle même un prejudice moral. Ibidem, párf. 19.

de ahí su consagración en el artículo 50. Pero su enunciado explícito era insoslayable, a fin de la mejor y eficaz protección del individuo. Porque, no sin justeza se puede afirmar que, a primera vista, y en sentido estricto, el objeto del litigio suele ser, inicialmente, no el daño causado aunque sea condicionante -sino la violación misma del Convenio. Y en razón de ella se origina la competencia del Tribunal para "anular las consecuencias" lesivas que la violación acarrea al individuo.

La idea de la inexistencia del daño alegado por los Gobiernos fué compartida en más de una ocasión por el Tribunal. En efecto, en el asunto De Wilde, Ooms y Versyp (60), los reclamantes solicitan una indemnización por cada día de detención. Pero el Tribunal no apreció la concurrencia de "ilegalidad, ni de arbitrariedad" en el hecho de haber estado y tenido a los requirentes a la disposición del Gobierno, ni en el hecho de la misma detención.

Los requirentes se habían, además, beneficiado de la "asistencia judicial gratuita" ante la Comisión, y no habían reclamado otros gastos.

Y, no se reconoció, tampoco, "daño moral" alguno dimanante de la "inexistencia de un recurso correspondiente a las condiciones del artículo 5, párrafo 4", que había sido el objeto de la violación reconocida por el Tribunal.

(60) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 14, párf. 23-24, pág. 11.

En consecuencia, las demandas de reparación pueden ser declaradas "admisibles", pero "no fundadas". Y aún siendo reconocida la violación jurídica, no proceder la compensación solicitada. Por ello, la infracción no presupone siempre la compensación (61).

2. La compensación como una "indemnización global".

La imputación integral de la duración de la detención provisional en la pena de reclusión más larga fue tomada en cuenta, también, por el Tribunal, en el asunto Ringeisen. Pero con matización y alcance diferentes. Porque en este caso, el Tribunal estimó que dicha circunstancia compensaba, "en cierta medida", el perjuicio (62).

En efecto, el requirente, afirmando ser inocente, ha podido -según el Tribunal- "sentir como una grave injusticia" la detención provisional excesiva. Y esto podía resultarle tanto más sensible cuanto que le dificultó obtener un acuerdo que pusiera término a la quiebra generadora del litigio y calificada de fraudulenta. Apreciando los diversos elementos de la causa, el Tribunal acordó asignar al requirente una "compensación

(61) Por unanimidad declaró admisibles las demandas de reparación, y por 14 votos frente a uno declaró su improcedencia. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 14, pág. 11.

(62) El recurrente reclamaba perjuicios morales y materiales. Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 22 Juin 1972, Série A, vol. 15, párf. 23, pp. 8-9.

equitativa" y fijó en 20.000 marcos la "indemnización global" (63).

3. La rectificación legal del procedimiento interno defectuoso como compensación de daños.

Hemos visto que siempre es discutible la determinación teórico-práctica de los perjuicios materiales o morales dignos de ser reparados según los artículos 5, párrafo 5 y 50 del Convenio. Y de la jurisprudencia europea, no puede deducirse, con todo rigor, un código de normas precisas y de carácter general. El tema concreto se ha planteado en diversos litigios.

Singularmente, en relación con la privación de libertad debatida ante la Comisión y el Tribunal. La cuestión ha suscitado una serie de pareceres divergentes, incluso en el seno del propio Tribunal europeo (64).

(63) Ibidem, párrf. 26, pág. 10.

(64) En el Asunto Neumeister también se había excedido la Comisión de su competencia, según el Gobierno demandado, ya que no se había limitado a analizar la regularidad de la detención preventiva aducida a la luz del art. 5 (3) del Convenio hasta la fecha en que el recurrente se dirigió a la Comisión. En cambio, la Comisión examinó el período transcurrido desde la presentación de la demanda y el término de dicha situación. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 13, párrf. 92, pág. 38.

En uno de los asuntos más significativos sobre el tema, el Tribunal declaró, por un lado, la existencia de infracción estatal y precisa del Convenio, por la falta de recursos para apelar los requirentes contra el mero hecho de la detención. Y, por otro lado, en cambio, declaró regular y legal el simple hecho físico de la misma detención.

Y este hecho no generó, según el Tribunal, perjuicio material, ni moral susceptible de reparación (65).

El razonamiento de la Comisión sobre el mismo tema se había inspirado en parecida interpretación jurídica del Convenio. Consideró que no había sido injustificada la detención (66),

(65) Se refería a las exigencias del art. 5 (4) el recurso debía de ser un recurso cualificado. Los recurrentes reclamaban por una situación contraria al Convenio y aducían que al poder legislativo compete el preveer el recurso eficaz y adecuado. Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire De Wilde, Ooms, et Versyp, Série B, pp. 301 y 308-309, y paráf. 124-125, pp. 70-71. Respecto Asunto Neumeister y Asunto de Vagabundeo. Série A, n° 12, paráf. 72-84. En cuanto a la efectividad de los recursos cuya ausencia origina perjuicio moral y material. Véase Asunto De Weer. Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 27 Février 198. Série A, n° 35.

(66) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Vagabondage. Série B, paráf. 124-125, pp. 70-71.
"Así la Comisión consideró en el asunto de Vagabundeo que los plazos previstos en la ley belga para el examen de los recursos en contra de la detención excedían la noción de plazo breve tal y como lo exige el párrafo 4 del art. 5, que requiere la celeridad de las decisiones". Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, paráf. 178-179 y Série A n° 12, paráfs. 76 y 78. El Tribunal en el asunto Neumeister se manifestó claramente en este sentido:

aun habiendo sido "defectuoso" el procedimiento, y llegó a estimar como suficiente "compensación" el hecho de que el Estado demandado se viese obligado a modificar las disposiciones legales, en materia de recursos internos, introduciendo el derecho de apelar contra la detención.

Este resultado -declaró la Comisión- "es de naturaleza a dar satisfacción a todos, contemplado desde el punto de vista de la protección de los Derechos del hombre" (67).

.../...

"... El término speedily indica claramente cual debe ser la preocupación dominante, un procedimiento escrito completo o debates contradictorios para el examen de los recursos constituían una fuente de retrasos que es preciso evitar en esta materia". Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, arrêt du 7 Mai 1974, pág. 44. En el asunto primero el Tribunal recordó el asunto Irlanda contra Reino Unido. Série A n° 25 párf. 200-201, en ambos supuestos el Tribunal declaró que no concurrían las circunstancias fundamentales requeridas por el art. 5 (4) en el sentido de la noción del término "court" "tribunal" y agregó que no existía posibilidad alguna para que los recurrentes impugnasen o pidiesen una revisión sobre la legalidad de su detención y que fuese declarada en breve plazo. Série A, n° 12, párf. 76, subpárf. 2-3 y párf. 78.

- (67) La Comisión concluyó en la vista de 14 de Febrero que: "Qu'il plaise à la Cour d'accorder aux requérants une satisfaction appropriée, en tenant compte du fait qu'une nouvelle voie de recours a été instituée en droit belge à la suite de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'homme du 18 Juin 1971, et ainsi indirectement à la suite des requêtes introduites par De Wilde, Ooms et Versyp devant la Commission". El Gobierno había aducido que los tribunales internos belgas podían condenar al Estado a reparar el perjuicio provocado por una situación ilícita que infringiese

.../...

Esta interpretación jurídica de la Comisión y del Tribunal europeo merece, a nuestro juicio, más de un comentario crítico. Anticipamos ya, una breve consideración, de conformidad con el espíritu del Convenio (68). Nos parece peligrosa esa interpretación, sobre todo si es puesta en práctica con frecuencia y llega a adquirir carácter más general. Partir del supuesto de una infracción del Convenio -por falta de recursos internos- y no derivar de la violación, daño material alguno para los interesados supone, paradójicamente, que no hay víctima alguna de la violación cuando, en realidad, el interesado ha podido sufrir, en mayor o menor grado, las consecuencias de la indefensión, pese a que la detención haya podido ser regular.

La rectificación por el Estado de la defectuosa legislación interna -carencia de recurso-, no nos parece, tampoco, suficiente satisfacción, para el interesado con relación a la violación habida.

.../...

normas internas o internacionales y exigía que los recurrentes se dirigiesen a las autoridades belgas.
Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 14, párf. 19-20, pp. 9-10 y párf. 22.

- (68) Con el propio objeto del art. 50, Recueil des Textes, pág. 108. El propio Tribunal había invocado en el asunto de Vagabundeo.
"... la circonstance que les requérants auraient pu et pourraient porter leurs demandes d'indemnité devant une juridiction belge n'oblige donc pas la Cour à rejeter les dites demandes pour défaut de fondement, pas plus qu'elle ne met obstacle à leur recevabilité". Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 14, párf. 20 in fine y párf. 16, pp. 10 y 8-9.

Estimar como suficiente reparación moral para las víctimas el hecho de que el Estado corrija la legislación defectuosa que se les había aplicado, deja cierto margen de duda para el futuro sobre la conexión de lo ilícito y la víctima (69).

4. La determinación y contenido de la indemnización con motivo de la violación del plazo razonable.

El Tribunal había pronunciado -28 de Junio de 1978- sentencia declaratoria de violación contra el Gobierno de la República Federal de Alemania, por haber excedido el "plazo razonable" del artículo 6, párrafo 1 del Convenio -lentitud del procedimiento en el caso litigioso de su nacional Dr. Köning.

Se había reservado enteramente la cuestión de la aplicación del artículo 50; después de la sentencia, Gobierno y requirente intentaron, sin éxito, llegar a un acuerdo amistoso (70).

(69) El 18 de Enero de 1972, el Comité de Ministros había tomado nota en virtud del art. 54, del Convenio de la modificación legislativa que el Estado belga había llevado a cabo para adecuar la regulación de la cuestión del vagabundeo con el espíritu del Convenio. Véase Comité de Ministros, "Resolution D.H. (72) 1, relative aux requêtes présentées par Albert La Haye, Jacques de Wilde, André Nys et Alme Swalens contre la Belgique (Deuxième Affaire de Vagabondage)", en la que se facilita por la nueva regulación.
El Gobierno belga le había informado de la nueva ley promulgada el 6 de Agosto de 1971. Doc. C. M (71) 160 y transmitido el 13 de Octubre de 1971. Véase Recueil des Résolutions du Comité des Ministres adoptées, en application de l'article 32 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales". 1959-1981. Estrasburgo 1981. H (81) 4.

(70) El recurrente no reputo suficiente, la suma de 20.000

a. Determinación de la compensación equitativa.

El requirente reclamaba "reparación pecuniaria" por el doble daño derivado de la violación: el riesgo de ver arruinada su "situación económica y profesional" y el perjuicio indirecto a su "reputación de hombre y profesional". Daba ciertas indicaciones sobre el posible cálculo del perjuicio -en el período del exceso del plazo razonable-, los ingresos anuales medios como médico y jefe de clínica, solicitando también el reembolso de los gastos tenidos en el proceso interno y en el internacional. Confiaba al Tribunal la determinación precisa (71).

El Gobierno negaba la existencia del "nexo de causalidad" entre la violación y el perjuicio alegado en el plano profesional. Admitía en cambio, que podían motivar cierta compensación los gastos "apropiados", "necesarios" probados de los recursos internos que procuraban acelerar el procedimiento. Y debían de reembolsarse los "gastos apropiados" asumidos ante los órganos del Convenio. Y entendía, en fin, de que correspondía al Tribunal la determinación -si había lugar para ello- de una "indemnización" a título de daño "no-material" -por el solo hecho del exceso del "plazo razonable"-.

.../...

marcos alemanes, que le ofreció el gobierno como indemnización total. Fracasando en Noviembre de 1978, el intento de conciliación entre las partes. Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Köning, arrêt du 10 Mars 1980, párf. 10.

- (71) Por su parte, la Comisión consideró insuficiente la información de que disponía para poder establecer las "pérdidas materiales precisas". Pero, sugería tomarse en cuenta la "larga incertidumbre" sobre el porvenir profesional del requirente y en una edad -de cuarenta y nueve (1967) a sesenta años

.../...

En consecuencia, el propio Gobierno confiaba, en la audiencia pública, al Tribunal "la determinación de conformidad con el artículo 50, una compensación equitativa para el requirente" -dejando a su apreciación "el importe y los elementos constitutivos"-.

El Tribunal se consideró habilitado, por el artículo 50, para conceder una compensación equitativa al requirente si, entre otras condiciones, "el derecho interno" no permitía borrar más que de modo imperfecto las "consecuencias" de la violación declarada por sentencia anterior. "Esto ocurría en el caso concreto". Porque, en el proceso que se prolonga más del "plazo razonable" -cuyo respeto es prescrito por el artículo 6, párrafo 1-, la "naturaleza intrínseca de la lesión" impide la reparación integral ("restitutio in integrum") (72).

.../...

(1978)- en la que se cifra, habitualmente, "la cima de la carrera de un hombre". La infracción misma del art. 6, párf. 1, podía "constituir un elemento pertinente" para la asignación de una compensación equitativa. Ibidem, párf. 12 y Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 27, párf. 113, pág. 41.

(72) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire "Köning", arrêt du 20 Mars. 1980, párf. 12.

En el caso Köning, el requirente solo podía formular una demanda de "compensación equitativa". Y aunque ésta petición pudiera ser presentada al Tribunal nacional del requirente, "el Tribunal -europeo- no tendría la obligación de rechazar la que se le hubiese presentado". Y, además, resultaba evidente que el "Derecho alemán no ofrecía al interesado, en el caso de referencia, ningún recurso adecuado para asegurarle una indemnización pecuniaria completa" (73).

b. Contenido de la indemnización.

La indemnización reclamada comprendía los "diferentes perjuicios" resultantes de la excesiva prolongación del proceso interno y el reembolso de los gastos derivados de las tentativas de acelerar el procedimiento interno y de las actuaciones ante los órganos del Convenio.

La cuestión consistía, pues, en determinar los excesos incurridos en la observación del "plazo razonable" (74).

(73) Véase Ibidem en Droit, párf. 15.
En contra se manifestó el Gobierno: "... Il n'existe aucun lien de causalité entre la violation relevée par la Cour et le préjudice que l'intéressé allègue avoir subi sur le plan professionnel par contre, pourraient donner matière à compensation les frais "appropriés", "nécessaires" et prouvés découlant des recours internes pour autant que ces derniers cherchaient à accélérer la procédure, de plus, les "frais appropriés" assumés devant les organes de la Convention devraient être remboursés". Ibidem, párf. 13.

(74) Para la Comisión era claro que "un lapso de tiempo superior a cuatro años" no podía resultar compatible con el art. 6, parf. 1. Se invocaron los argumentos de la sentencia de 10 de Marzo de 1972, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 14, pp. 8-9 y 10, parfs. 16 y 20.

El Tribunal no había creído necesario -en su primera sentencia- "cuantificar el exceso del plazo razonable", aunque fuere de modo aproximativo las fechas de su comienzo o el período global. No le parecía posible semejante apreciación, en razón de su conclusión básica: el incumplimiento de las exigencias del artículo 6, párrafo 1 derivaba "de una serie de circunstancias relacionadas con la manera de realizarse el proceso" interno. Retraso en el proceso sobre la retirada de la autorización de explotar la clínica. Retraso en el proceso sobre la retirada de la autorización de ejercer la profesión

Los retrasos habidos no se prestaban a efectuar una simple adición. Existían, entre ellos, interacciones y entrelazamientos. Pero, eran innegables. Y habían entrañado una "prolongación de algunos años en el procedimiento". Sobre ésta base se había proclamado la violación del artículo 6, párrafo 1°. Y sobre ella, procedía contemplar la aplicación del artículo 50 (75).

En la sentencia anterior declarativa de la violación, el Tribunal no entraba en la validez de la retirada de las autorizaciones en litigio, sino "únicamente en el desarrollo de las instancias internas". No debían, por tanto, entrar ya en consideración "los diferentes perjuicios causados por las denegaciones en si mismas". En la determinación de la compensación equitativa, solo podían tomarse en cuenta los perjuicios que "el requirente no hubiera sufrido" si dichas instancias hubieran

(75) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 27, párrfs. 102-105 y 107-111, pp. 34-37 y 38-40.

llegado a su término "en un plazo razonable" (76).

El requirente alegaba la materialidad del daño, pero no especificaba su alcance, ni indicaba suma alguna que pudiera corresponderle como compensación equitativa. Por ello el Tribunal reconocía con la Comisión, la dificultad del requirente para "aislar netamente los daños resultantes de la duración excesiva de los procesos internos".

Aunque los requirentes "normalmente deben cifrar sus pretensiones", el Tribunal "faltaría a la equidad prevista por el artículo 50, si no tomase en consideración las dificultades tenidas", por el requirente. En todo caso, el Tribunal no creyó tener que invitarle a precisar el importe de la reparación que reclamaba (77).

c. La apreciación en equidad.

Todos los elementos indicados no se prestan a un cálculo preciso. Apreciándolos en su conjunto, en equidad, como dispone el artículo 50, el "Tribunal considera que hay lugar para asignar por esa causa una compensación al requirente, cuyo importe se fija en 30.000" marcos alemanes.

(76) "La Cour rappelle que son arrêt du 28 Juin 1978 ne concernait pas la validité des retraits d'autorisation incriminés, mais uniquement le déroulement des instances engagées devant le Tribunal administratif de Frankfurt". Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 20 Mars 1980, párf. 18.

(77) Ibidem, párf. 19.

El requirente tenía derecho, además, a reclamar el reembolso de los gastos habidos en los procesos internos -singularmente para acelerarlos- e internacionales. Esta solución había sido dada ya en el asunto Neumeister (perjuicios de la violación, gastos necesarios para evitarla, confirmarla y compensación equitativa después de la sentencia favorable) (78).

El requirente enumeraba diez recursos. Pero cinco de ellos no tenían por objeto acelerar la marcha del proceso: éstos no entraban en la suma indemnizable, en virtud del artículo 50. Otros cinco recursos constitucionales, en cambio, procuraban efectivamente activar las instancias.

El propio Gobierno no lo discutía, aunque razonada que había que limitarse a los que eran "necesarios o razonables", y agregaba ser oportuna la aplicación del baremo nacional de los honorarios del abogado -que daba una cifra inferior a la reclamada (79).

d. La apreciación de las costas y gastos.

A juicio del Tribunal, la demanda del requirente se justificaría, según el artículo 50, en la medida en que los gastos de los recursos y los honorarios de abogado "revistiesen carácter razonable en las circunstancias de la causa" (Neumeister). Y así se resolvió con respecto a tres de los recursos, admitiendo

(78) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 17, párf. 40, y ss. pp. 18-21.

(79) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 10 Mars 1980, párf. 21.

reembolso mayor del estimado por el Gobierno. Y en virtud de las circunstancias no se aplicaban, como en algún caso anterior (Neumeister), sino que se rebasaban, las tasas vigentes en el cuadro del sistema de asistencia judicial gratuita que funciona ante la Comisión (80).

El requirente no se había beneficiado de la asistencia judicial gratuita en el procedimiento ante los órganos del Convenio. Había asumido, por ello, los gastos de consejeros, abogados, etc... Y estos gastos debían de entrar en línea de cuentas en el ámbito del artículo 50. Pero hubo opiniones divergentes en cuanto a la "base del cálculo". El Gobierno estimaba apropiado adoptar "una norma europea uniforme": el baremo establecido por la Comisión en materia de asistencia judicial gratuita -caso Neumeister (81).

El Tribunal no se consideró obligado por el precedente, que se "explicaba únicamente por las circunstancias de la causa". Entendía que "no hay motivo para denegar el reembolso completo de los gastos habidos, con tal de que se revelen razonables" (82). El requirente solicitaba, en fin, los gastos

(80) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 17, párf. 43, pp. 20-21.

(81) Le concedió 30.000 chelines austríacos como compensación. Véase Ibidem, 38, 40 y 42, pp. 17-21.

(82) El Tribunal señaló en el asunto Köning que: "La solution de l'arrêt précité (Neumeister), s'expliquait uniquement par les circonstances de la cause. En l'espèce, elle n'aperçoit aucun motif de refuser un rem-

diversos de desplazamientos a Estrasburgo. El Gobierno no los objetó.

El reglamento interior de la Comisión -artículo 26, párrafo 3- preve que el requirente o su representante comparezca ante ella para defender la causa. "Si no posee la condición de parte ante el Tribunal, no por ello deja de ofrecer gran interés su presencia en la sala de audiencia" pues puede esclarecerse en el acto, directamente o por intermedio de sus delegados o asistentes, (art. 38 y 29 del Reglamento) "la posición del interesado sobre cuestiones que le conciernen" (83).

En conclusión, el Tribunal sentenció, por unanimidad, que la "República Federal de Alemania debía abonar al Dr. Köning una indemnización de 39.789 DM" (84).

.../...

boursement complet des frais engagés pour autant qu'ils se révèlent raisonnables".
Arrêt du 10 Mars 1980. párrfs. 23-24, y Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 17, párrf. 42-44, pp. 19-20, y Série B, n° 15, pág. 134.

(83) Recueil des Textes de la Convention européenne des droits de l'homme, pp. 307 y 309.
Arrêt du 10 Mars, párrf. 26.

(84) La suma de 9.789 marcos se le concedieron como honorarios de abogados y gastos personales y la suma de 30.000 marcos alemanes a título de daños por el exceso de plazo razonable contrario al art. 6 (1) del Convenio. Véase Ibidem, párrfs. 27 y 19.

5. La reducción de la pena como reparación.

La imputación del período de detención sobre el de la condena ha sido estimado valido como método de reparación. Ciertamente la prolongación excesiva de la detención, puede generar pérdidas y daños, pero es a veces, muy difícil -como ocurrió en el caso de Neumeister- aislarlas de las que el interesado y su sociedad comercial "hubieran tenido que soportar de todas maneras", según la evolución de los negocios (85).

El requirente se había beneficiado de la "imputación de su detención provisional sobre la condena". Y, sobre todo, del perdón del resto de la pena, esto es, dos años, siete meses y diez días". Y en la peor de las hipótesis había evitado, al menos, una privación de libertad de cerca de un año (86).

Por otra parte, el requirente se había ahorrado, además, las consecuencias nefastas que una nueva prisión le hubiera acarreado en el plano profesional. La medida de gracia, le ha reportado, pues, ventajas substanciales. Y el Tribunal no vaciló en afirmar:

"Si la reducción de la pena, tiene un común con la imputación de la detención so-

(85) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Neumeister, arrêt du 7 Mai 1974 (Question de l'application de l'article 50 de la Convention), párf. 38, pp. 16 17 y Publ. Cour. Eur. D.H. Série B, n° 6, pág. 241 y Série A, n° 8, p. 15 y pág. 39.

(86) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Neumeister. Arrêt du 7 Mai 1974, párf. 40, pág. 18.

bre la pena, que no asegure una verdadera "restitutio in integrum" se aproxima tanto como lo permite la naturaleza de las cosas" (87).

Por su parte, -dice el Tribunal- el requirente opinaba, al comienzo, de igual manera. "Presentaba la reducción de la pena como la mejor forma de concebir la reparación". "Su opinión espontánea inicialmente, conserva su valor y confirma el carácter equitativo de la solución ofrecida por las autoridades locales" (88).

Algo análogo ocurrió en el asunto Ringeisen. El gobierno austríaco sostuvo que la reparación había sido concedida por:

"l'imputation de la détention provisoire sur la peine".

(87) Ibidem párf. 40, pp. 18-19, y Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire "Ringeisen". Arrêt du 22 Juin 1972, Série A, n° 15, párf. 21, pág. 8.

(88) El recurrente había invocado en su recurso de gracia de 26 de Mayo de 1972 la imputación del período de detención sobre el de su condena y esto fue tenido en cuenta por el Tribunal más "aun habida cuenta del carácter del perjuicio", "la lesión subie étant ineffaçable par nature, comme la meilleure forme concevable de réparation". Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Neumeister. Arrêt du 7 Mai 1974, párf. 40, pág. 19 y en cuanto a la indemnización. Véase párf. 13 a) pág. 7.

En sus observaciones complementarias añadió que la consecuencia directa de la violación del artículo 5 (3) había sido plenamente resarcida, debido a que el tiempo transcurrido por el recurrente en detención provisional le había sido asimilado a una parte de la pena, de lo que se deducía su total reparación (89).

El Tribunal por su parte no había aceptado la tesis gubernamental en cuanto a que "l'imputation de la detention provisoire devrait reduire la periode de detention provisoire ju-gée contraire à l'article 5 (3)"; consideró que no podía dejar de aplicarse el artículo 50 debido a la violación del artículo 5 (3).

El Tribunal no consideró que la imputación de la detención provisional constituyese en todo caso, una "satisfaction équitable", pero Ermacora estima que incluso en el supuesto que la reducción de la pena pudiese ser considerada por el Tribunal como "satisfaction équitable", quedarían aún consecuencias

(89) La tesis del gobierno austríaco defendía la posibilidad de una reparación suficiente debido a la existencia de recursos eficaces en el ordenamiento interno, en virtud principalmente del art. 137 de la Constitución austríaca y en combinación con la ley de Responsabilidad del Poder Público "Amtshaftungsgesetz", y por tanto al ser posible la "restitutio in integrum" la reparación era suficiente. Véase intervención del agente Pahr.
 "Cette privation de liberté contraire à la Convention ont la compensée en renonçant à une privation de liberté autorisée par la Convention car la detention provisoire irrégulière a été imputée sur la peine restitutio in integrum liberté contre liberté".
 "L'argent ne compense pas la perte de liberté et l'on remplace donc, autant que possible, la liberté". Véase Audiencias Públicas Mai 1972. Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringeisen. Série B, vol. 13, pp. 27 (2) y 34.

directas de la detención sin reparar (90).

Más discutible es el caso Engel. Este había sido privado de su libertad en condiciones contrarias al artículo 5 (1), tal y como lo había declarado el Tribunal en su sentencia de 8 de Junio de 1976, por incompatibilidad del artículo 45 de la ley de 27 de Abril de 1903 y el artículo 5 (1) del Convenio.

A pesar de la breve detención de que fue objeto (22 a 30 horas), el Tribunal entendió que el recurrente había sufrido "desagrégements" conectados con el regimen de arrestos de rigor que le produjeron un auténtico "perjuicio moral".

El Tribunal estimó que la conmutación de la pena solo había compensado parcialmente a la víctima, a pesar de la brevedad de la detención y dado que era imposible la "restitutio in integrum" consideró necesario la concesión de una compensación simbólica que se efectuó mediante la constatación de la violación (91).

(90) Ermacora Audiences Publiques 27 Mai 1972, Série B, vol. 13, pp. 63-66, Ibidem intervención de Nettel. Según el Tribunal la "imputation" de la detención de la pena. En cuanto a la imposibilidad de la restitutio derivaba del carácter mismo de la violación. Véase Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Sunday Times, arrêt du 6 Novembre 1980, párf. 13 y "Affaire Köning" arrêt du 10 Mars 1980, párf. 15.

(91) Se ha afirmado que: "Rimanendo ne limiti tracciati dall'art. 50 potrebbe anche disporre la restituzione, in favore della parte lesa, di una cosa della quale la vittima sia stata illegittimamente privata. Panzera, A.F.: "Il potere della Corte europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa". En Rivista di Diritto Europeo, Roma 1974, n° 4, pág. 322. Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Engel, Série A, n° 22, párf. 10, pp. 68-69.

E. La Satisfacción Equitativa.

1. El derecho de reparación compensado con la "satisfacción" del reconocimiento de la violación.

Es sabido que los Estados no suelen considerar muy adecuada la indemnización para reparar el perjuicio puramente moral. En este caso la doctrina también, es unánime considerando que la reparación más adaptada ha de ser también puramente moral: esto es, la satisfacción.

Singularmente, cuando el acto perjudicial consiste en una ofensa o en ultraje. Entre Estados, caben, naturalmente, las sanciones internas -medidas disciplinarias o administrativas- contra el funcionario, autor del acto ilícito.

De ahí que el Tribunal Internacional de Justicia haya declarado que la simple declaración por el juez de la ilicitud del acto inculcado pueda constituir, per se, una satisfacción suficiente. Es lo que ocurrió, en el conocido asunto del Estrecho de Corfú (92).

(91) Se ha afirmado que: "Rimanendo ne limiti tracciati dall' art. 50 potrebbe anche disporre la restituzione, in favore della parte lesa, di una cosa della quale la vittima sia stata illegittimamente privata. Panzera, A.F.: "Il potere della Corte europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa". En Rivista di Diritto Europeo, Roma 1974, n° 4, pág. 322. Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Engel, Série A, n° 22, párf. 10, pp. 68-69.

(92) Recueil des décisions 1949, pág. 36, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 31, pp. 29-31.

La misma doctrina viene siendo sostenida y aplicada por el Tribunal europeo, en razón del artículo 50 del Convenio. Porque, éste comprende, en la práctica, tanto la "compensación" como la "satisfacción". Pero, en más de una ocasión, la simple declaración de la existencia de la violación, como "satisfacción equitativa a la parte perjudicada" no deja de ser susceptible de reflexiones críticas. Porque esta clase de satisfacción moral no se aplica, tan solo, conforme al Convenio, a los daños puramente morales, sino, también, a los materiales.

Y no solo concierne, a veces, a los daños indirectos, sino, también, a los directos, cuando el nexo de causalidad es irrefutable. Claro está que, ésta jurisprudencia sobre el derecho de reparación no ha de interpretarse de modo genérico, sino en relación directísima del "conjunto de circunstancias" que concurren en la causa.

En todo caso, resulta, a primera vista, paradójico el hecho de reconocer la violación del Convenio y compensarla con una simple satisfacción moral, sobre todo cuando se trata de infracciones que afectan a la libertad y seguridad de las personas. Ciertamente que hay que tener siempre presente las peculiaridades del caso.

Pero, por ejemplo, inicialmente, produce extrañeza declarar que una persona es "víctima" y "parte lesionada" por causa de, nada menos, que de nueve violaciones del Convenio y, a renglón seguido, decir que es bien suficiente una mera satisfacción simbólica, la simple declaración de las infracciones habidas. Esto es lo que ha sucedido en el asunto Manx (93) que evi-

(93) Affaire Deweer. Arrêt du 27 Février 1980. Es de obser-

dencia, a todas luces, la relatividad característica de la jurisprudencia en general.

En este asunto y en síntesis, las requirentes alegaban que la legislación belga quebrantaba el respeto debido a la "vida familiar" -artículos 3 y 8 del Convenio-, consagraba una discriminación entre hijos naturales y legítimos y entre madres solteras y casadas, contraria al principio de igualdad en el goce de derechos y libertades del ser humano que no puede restringirse por el simple hecho del nacimiento como hijo natural interrelación del artículo 14 y del artículo 8-.

.../..

var que el derecho de reparación es transmitido a sus herederos, pág. 25.

En el asunto Artico. El Tribunal se pronunció severamente respecto del "derecho de defensa" noción que interpreta como estrechamente conectada con el "derecho a un perjuicio equitativo".

Invoca el objetivo del propio Convenio que consiste en proteger derechos efectivos y concretos y no derechos que fueren meramente teóricos e ilusorios. En cuanto a la asistencia legal gratuita no consideró procedente la tesis del Gobierno que estimaba haberla concedido mediante la mera designación de un abogado de oficio. Tanto la Comisión como el Tribunal estimaron que el recurrente careció de una asistencia "auténtica" y por tanto "efectiva" en el procedimiento interno impugnado. Además invoco su criterio habitual conforme a la generación de la responsabilidad por omisiones del Estado demandado. Al decidir la violación del art. 6 (1) el Tribunal entendió que Artico había sufrido una impresión gravosa de aislamiento y desconcierto y abandono por no haber disfrutado de una vista pública. "Ninguno de estos elementos es susceptible de calculo". Arrêt du 13 Mai 1980, párf. 41-42.

Véase Resolución del Comité de Ministros, D.H. (80) 8 en virtud del art. 54, se cercioró de que el gobierno italiano había observado las medidas exigidas en la sentencia de 13 de Mayo de 1980. Véase Recueil des Re-

.../..

Según el razonamiento oficial belga no se habían generado daños a las requirentes.

Pero el Tribunal sentenció que el Convenio faculta a los particulares para sostener que una ley infringe por si misma los derechos individuales, aún en el caso de ausencia de un acto concreto de ejecución, si se corre el riesgo de sufrir directamente sus efectos. Merece subrayarse el carácter progresivo de este criterio. Y analizó tres aspectos básicos de la reclamación: la manera de ser establecida la filiación -se hallaba en litigio la condición de hija natural-, la extensión de la familia a la hija y los derechos patrimoniales de la hija y de su madre.

Y declaró que el derecho belga no se convenía con los principios establecidos en el Convenio. Y el Convenio -dice el Tribunal- "debe de interpretarse a la luz de las condiciones de hoy en día", ya que en la actualidad se camina hacia la "consagración jurídica del adagio "mater semper certa est"". Este parecer interpretativo es susceptible de buena observación crítica, desde el ángulo estrictamente jurídico- (94).

.../...

solutions du Comité des Ministres. Adoptées en application de l'article 54 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Doc. D.H. (81) 5 Estrasburgo 1981.

(94) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Marckx du 13 Juin 1979, Série A, vol. 31, par. 42, pág. 20. El agente belga, anuncia la introducción del principio en el proyecto de ley de 1978.

Sin embargo, aun admitiendo la concurrencia de diversas y flagrantes infracciones, el Tribunal no accedió a la petición de los requirientes de una reparación simbólica -en razón del artículo 50- de "un franco belga por los daños" dimanantes del perjuicio moral. Estimó suficiente como "satisfacción equitativa" la resultante del reconocimiento y confirmación por la sentencia de varias lesiones de sus derechos" (95).

Esta concepción del Tribunal, en razón del artículo 50, reviste, desde luego, el carácter de una satisfacción de principio. Cabe observar, sin embargo que esta compensación de un daño moral bien pudiera ser adaptada concretamente, a las circunstancias del caso, si se tiene en cuenta que las requirientes habían "limitado su demanda de compensación al estricto mínimo en el plan pecuniario", que permitía una satisfacción de principio más "individualizada" -un franco belga- (96).

La situación sería bien distinta, si el requirente ro hubiera formulado demanda alguna de compensación equitativa, después de haberle reconocido el Tribunal el buen fundamento jurídico de su reclamación y declarado públicamente la existen-

(95) Ibidem, párf. 68, pág. 28, en contra el voto particular común de los jueces Balladore Pallieri, Pedersen, Ganshof van der Meersch, Evrigenis, Pinheiro Farinha y García de Enterría. Ibidem, pp. 32-33.

(96) Série A, vol. 31, pág. 33, voto particular común de los jueces Balladore Pallieri, Pedersen, Ganshof van der Meersch, Evrigenis, Pinheiro Farinha y García de Enterría.

cia de la violación alegada. Esta situación ha sido, también, conocida y resuelta por el Tribunal, en el asunto Golder, cuando sentenció, que:

"Las decisiones que preceden -reconociendo la violación del artículo 6 (1) y del artículo 8- constituyen por si mismas una satisfacción equitativa suficiente en razón del artículo 50" (97).

Esta decisión fue tomada en la misma sentencia del fondo del asunto, no habiendo intervenido como en otros casos, la reserva previa del derecho de reparación y la consiguiente decisión ulterior, distinta y separada sobre la aplicación del artículo 50. Procesalmente, este "modus operandi" se asienta -como ya indicamos- en el propio Reglamento del Tribunal -artículo 47 bis, artículo 50 (3), primera fase, combinado con el artículo 48 (3)-. En efecto, cuando el Tribunal confirma la infracción del Convenio puede estatuir en la misma sentencia sobre la aplicación del artículo 50 o reservar ésta para un procedimiento ulterior, según sean las circunstancias procesales del litigio.

Por ello, puede estimarse que "en las circunstancias de la causa, no hay lugar para conceder al requirente una satis-

(97) Arrêt Marckx du 13 Juin 1979, Série A, n° 31, párf. 68, pág. 29. En igual sentido: Arrêt Golder du 21 Février 1975, Série A, n° 18, párf. 46, pp. 22-23. Arrêt Engel et autres du 23 Novembre 1976, Série A, n° 22, párf. 11, pág. 69.

facción equitativa distinta que la resultante de la confirmación de una lesión de sus derechos". Pero en este asunto Golder, el requirente no había formulado demanda alguna de compensación, ni tan siquiera simbólica como en el caso de Marckx de un franco belga- (98).

2. La satisfacción del perjuicio moral y su relación con el daño material.

Igualmente, el Tribunal ha resuelto en la sentencia de fondo, sobre la aplicación del artículo 50, en los asuntos Deweer y Artico (99).

Pero, en realidad, no se puede decir, de forma categórica, que el Tribunal siga siempre la misma línea de pensamiento en el planteamiento y resolución de las reclamaciones basadas en el perjuicio moral. No existe, ciertamente, un criterio uniforme y generalizado sobre la materia.

En este aspecto la aplicación del derecho de reparación sufre oscilaciones diversas que confirman, una vez más, la relatividad de sus decisiones. En este sentido nos parece suficientes ponderar las dos últimas sentencias citadas.

(98) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Marckx du 13 Juin 1979, Série A, vol. 31, párf. 68, pág. 28.

(99) Arrêt Deweer du 27 Février 1980, y Arrêt Artico du 13 Mai 1980.

En el Asunto Deweer, se considera como satisfacción equitativa del daño moral la simple "confirmación de la lesión de los derechos" del interesado, el cual no formulaba, por cierto, demanda de reparación sobre tal extremo. En cambio, en el asunto Artico se concede al requirente "una indemnización de 3.000.000 de liras por el perjuicio moral". Naturalmente las circunstancias de cada caso eran distintas, pero la naturaleza de los daños era calificada de igual forma (100).

Examinando el tema de fondo de los asuntos en litigio, parece deducirse que el Tribunal estima que el daño moral debe obtener "al menos una satisfacción de la misma naturaleza", sin que la índole del daño tenga que conllevar siempre la simple satisfacción moral del reconocimiento del carácter de víctima y de la mera existencia de la violación.

Por otra parte, es de afirmar, igualmente, que el Tribunal, conforme a sus poderes discrecionales, puede rechazar la reclamación de daños materiales derivados de la violación y reconocer y compensar en cambio, los daños morales, sea o no recabada su indemnización por los requirentes.

En efecto, en el asunto Artico, el requirente solicita-

(100) El asunto Deweer, planteaba además de la cuestión de la reparación que le debía ser abonada el concepto de acusación en materia penal, su renuncia a proseguir un procedimiento interno, el costreñimiento mismo, y el interés moral y material de los herederos en proseguir la acción una vez fallecida la víctima directa. Véase Harris, D.J.: "Decisions on the European Convention on Human Rights. During 1980". en B.Y.I.L, 1980, pp. 329-332 y respecto de Artico pp. 332-335.

ba reparación, de acuerdo con el artículo 50, sobre las dos clases de daños: los honorarios del abogado y cierta "suma equitativa por la detención irregular que habían entrañado la violación del artículo 6 (3) c, y por el daño moral" (101). El pasaje del artículo infringido dice:

"Todo acusado tendrá derecho a defenderse personalmente, o a ser asistido por un defensor de su elección, o si no tuviera los medios para remunerar a un defensor, a que le asista gratuitamente un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo requieran".

La reparación de los honorarios del abogado no fue admitida, porque el requirente se había beneficiado de la asistencia judicial gratuita ante la Comisión y ante el Tribunal, a partir del momento de la admisión de la demanda.

La causa del perjuicio (derivado, en el caso concreto, de la excesiva detención (102)), estimada por el requirente no suele ser enjuiciada, naturalmente, de forma análoga por los órganos de control del Convenio, pero promueve, en todo caso, el examen del Tribunal.

El perjuicio que el requirente estima haber sufrido, por ejemplo, en razón de su detención irregular, puede derivar-

(101) Arrêt du 13 Mai 1980, pág. 14.

(102) Ibidem, pág. 15.

se solo hipotéticamente o indirectamente de la infracción invocada (art. 6 (3) c) y, en cambio, el Tribunal puede entender que su causa "directa e inmediata" reside en realidad en el atentado a la libertad física. Y la privación de libertad a que se refiere el artículo 5 lleva consigo -como ya expusimos- el derecho a una reparación por la propia administración de justicia del país demandado.

Por otra parte, como ya anticipamos, el perjuicio de la detención irregular puede verse compensado por la gracia o el indulto interno, que si no comprende el período de tiempo de la detención puede procurar un "beneficio tangible", sin que suponga una reparación integral "-la restitutio in integrum"-; pero, compensa "en gran medida el daño sufrido", según razonamos antes (asuntos Ringelsen y Neumeister) (103).

Lo que nos resulta ambiguo es el hecho de que los daños materiales puedan ser involucrados -sin la debida clasificación- en la misma indemnización de los daños morales o viceversa.

En la práctica, el Tribunal procura ponderar los distintos elementos que concurren en el asunto litigioso, apreciando los "en su conjunto en equidad", pues tomados aisladamente no se prestan, a veces, a un cálculo preciso. Este ha sido el método aplicado por el Tribunal para atribuir, en razón del artí-

(103) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Ringelsen, arrêt du 22 Juin 1972, (article 50). Série A, vol. 15, párf. 20-21, pp. 8-9. Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Neumeister, arrêt du 7 Mai 1974 (article 50), párf. 40, pág. 18.

culo 50, una indemnización por el daño moral (tres millones de libras en el asunto Artico y un total de 11.000 Libras en el Asunto Young, James y Webster correspondiéndoles 2.000, 6.000 y 3.000 Libras respectivamente) (104).

F. El arreglo Amistoso y la apreciación en equidad por el Tribunal.

1. El carácter equitativo del arreglo amistoso sobre el derecho de reparación.

La fiscalización de los "arreglos amistosos" por el Tribunal presenta variantes, según el contenido del acuerdo, pero, en todo caso, se proyecta sobre la naturaleza de las violaciones reconocidas y el contenido de la demanda de reparación.

Esta flexibilidad de la vigilancia y control del Tribunal se observa, una vez más, por ejemplo, en el asunto Winterwerp (105). La sentencia declaratoria de la violación reconocía la infracción de los artículos 5, párrafo 4 -derecho a interponer recurso ante un Tribunal- y del artículo 6 párrafo 1 del Convenio -derecho a que la causa sea oída en audiencia equitativa- por un tribunal independiente. El requirente padecía enfermedad mental en hospital psiquiátrico. El país era Holanda. El abogado del requirente reclamaba la concesión de una satis-

(104) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Artico, arrêt du 13 Mai 1980, párf. 48, pág. 17. Arrêt du 18 octobre 1982, párf. 12-13.

(105) Arrêt du 27 Novembre 1981 y Arrêt du 24 Octobre 1979. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 33, párf. 35-76, pp. 16-30.

facción equitativa, en razón del artículo 50. Asimismo solicitaba que se le mejorase a su cliente el tratamiento médico, y que se le concediesen las garantías de procedimiento necesarias para que se efectuase en el futuro una auténtica revisión periódica de la necesidad del internamiento, a fin de que cesara ésta si mediaba la recuperación o mejoría suficiente de su cliente. No se reclamaban, en cambio, indemnizaciones por daños materiales, ni por perjuicio moral.

Se iniciaron conversaciones entre las partes interesadas, que llevaron a la conclusión de un arreglo: mejor tratamiento médico y una compensación pecuniaria para la posible y eventual reinserción del interesado en la sociedad.

El Tribunal fue informado de los términos del arreglo amistoso. Examinó su contenido. Y resolvió:

"Confirma que el acuerdo reviste "carácter equitativo" de conformidad con el artículo 50, párrafo 5 de su Reglamento" (106).

Admitida la validez del acuerdo amistoso, el Tribunal ordenó eliminar el asunto de la lista oficial de litigios pendientes, en la que figuraba el caso concreto, porque la sentencia declaratoria de las violaciones, había reservado y dejado abierto el procedimiento a los fines del "derecho de reparación".

(106) La Comisión no presentó objeción alguna a los términos del acuerdo. Véase *mutatis mutandis*, art. 47 (2) del Reglamento del Tribunal.
Recueil des Textes, pp. 415-416.

2. El arreglo sobre repartición de costas-gastos: supervisión del Tribunal.

El Tribunal puede rechazar la tesis principal del Gobierno demandado, y, en cambio, analizar sus razonamientos de orden subsidiario. Sobre las costas y gastos procesales. Es lo que sucedió en el asunto "Sunday Times". En este sentido, se aducía la no procedencia del reembolso de los gastos habidos en el país del litigio: porque no todos habían servido para la infracción y, existía, además un concierto interno entre los requirentes y el Fiscal general del Estado para compartir los gastos.

Los gastos de los requirentes, decía el Tribunal, tenían por objeto reivindicar su libertad de expresión, derecho consagrado por el Convenio. Y los procesos internos eran "una condición previa" para la intervención del Tribunal (107).

Ciertamente los requirentes reconocían la existencia de dicho concierto interno, pero refiriéndolo tan sólo a los gastos del Fiscal General y no respecto a los propios de los requirentes. Para estos, la única consecuencia del concierto consistía en reducir aquellos del importe de sus pretensiones, de compensación, según el artículo 50. Y los requirentes, además, no

(107) Como decía la Comisión, era cuestión a determinar si procedía y en qué medida, "el costo de las instancias internas".
Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Sunday Times du 6 Novembre 1980, Série A, n° 38 paráf. 16 in fine, pág. 10.

habían renunciado a obtener del Tribunal el abono de los gastos tenidos en su país nacional (108).

El supuesto acuerdo sobre repartición de gastos internos entre requirentes y Gobierno se basaba en un canje de cartas, pero si éstas no llegaban "a demostrar la formación de un acuerdo de carácter obligatorio", a juicio del Tribunal el "acuerdo se había efectivamente realizado" (109).

La discrepancia no concernía a la existencia del acuerdo, sino a su contenido. Para los requirentes comprendía solo los gastos del Fiscal General. Para el Gobierno comprendía, también, los propios gastos de los requirentes.

El Tribunal resolvió "no englobar" los gastos internos en la "satisfacción" reclamada en virtud del artículo 50 -adoptando la intervención gubernamental de la repartición de gastos internos- (110).

(108) Ibidem, párf. 15, pág. 9.

(109) Ibidem, párf. 8, pág. 7.

(110) "La Cour estime qu'en raison de l'accord susmentionné, conclu librement et appliqué par l'ordonnance de la Chambre des Lords, il n'y a pas lieu d'englober les frais exposés en Angleterre dans une "satisfaction" au titre de l'article 50.

En otro litigio había recaído el debate sobre el derecho de todo acusado de verse "asistido gratuitamente por un intérprete", si no comprende o no habla la lengua empleada en el proceso interno, (art. 6, pfo. 3, letra e) del Convenio europeo. La materia fue estudiada en el asunto "Luedicke, Belkacem y Koc" que afectaba a la República Federal de Alemania (111).

Las supuestas víctimas de la violación eran de nacionalidad británica, argelina y turca. El Tribunal había reconocido la existencia de dicha violación y hacía reserva del procedimiento ulterior, condicionando la solución y la cuestión, al arreglo amistoso, del pago de intérpretes y abogados (112).

Habiéndose llegado a un arreglo entre el Gobierno y dos de los requirentes -con respecto al tercer requirente solo quedaba por resolver la evaluación de los honorarios del abogado-, tanto el Gobierno como la Comisión consideraban innecesaria la prosecución del procedimiento escrito y la celebración de audiencias contradictorias (113).

El Tribunal confirmó y conoció la existencia del arre-

(111) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Luedicke, Belkacem et Koc du 28 Novembre 1978, Série A, n° 29.
Arrêt du 10 Mars 1980, párf. 14.

(112) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Luedicke, Belkacem et Koc du 28 Novembre 1978, Série A, n° 29, parf. 23, pág. 10.

(113) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 29, párf. 26, pp. 11-12.

glo entre el Gobierno y dos de los requirentes y resolvió que el arreglo revestía "carácter equitativo", según lo exige el artículo 50, párrafo 5 de su Reglamento. En consecuencia, la supresión del asunto de la lista de los temas pendientes, le pareció al Tribunal bien "justificada" en lo que concernía a dos de los requirentes, y así lo sentenció (114).

Respecto al tercer requirente, el Tribunal estableció que no se encontraban ya en litigio ni los gastos de intérprete, ni los gastos de los recursos internos -habían sido liquidados por las autoridades internas-. Solo subsistía la reclamación relacionada con los "honorarios suplementarios" del abogado, porque el requirente se había beneficiado de la asistencia judicial gratuita. Y la conclusión del Tribunal fue clara. Admitía que el requirente no tenía "que soportar personalmente ningún gasto" y, por tanto, no había sufrido -en virtud de la asistencia judicial obtenida- "daño alguno susceptible de reparación", en virtud del artículo 50.

Pero es, en cambio, muy ilustrativo no por su contenido, el hecho de que el Tribunal haya afirmado que, en el caso concreto, solo el requirente "poseía la condición de parte lesionada", según el artículo 50. Por consiguiente, el abogado no podía reivindicar, por su propia cuenta, una compensación equitativa en razón del artículo 50. Y, además, el abogado había aceptado libremente las condiciones, y el baremo, de la

(114) El gobierno invocó el art. 47 (2) del Reglamento del Tribunal para que éste borrara el asunto de la lista.

asistencia judicial concedido a su cliente (115).

3. La petición de compensación limitada solo a "costas y gastos".

Es poco frecuente, pero posible, que el Gobierno demandado no ponga en tela de juicio, por si mismo, el "derecho" de reparación, es decir que no objete la aplicación del artículo 50 y, en cambio, se oponga y suscite controversia ante el Tribunal sobre el contenido de la compensación o la deniegue abiertamente. En este supuesto los requirentes tendrían, de modo manifiesto, la calidad de "parte lesionada", expresión sinónima de la palabra "víctima", en el sentido del artículo 25 del Convenio "personas directamente afectadas por la decisión contraria a las obligaciones dimanantes del Convenio". Esto es lo que ha ocurrido en el asunto "Sunday Times" (116).

-
- (115) Arret du 10 Mars 1980, párf. 5 in fine, 6 y 11, y párf. 13. En droit. Y Recueil des Textes, pp. 415-416.
El Tribunal desestimó la demanda de Belkacem y declaró: "Si l'on invoque les dangers d'une rétribution trop modique des avocats, en particulier le risque de voir ceux-ci hésiter a defendre les intérêts de certains requérants, la Cour fait observer qu'il s'agit d'un probleme relevant de la compétence des organes du Conseil de l'Europe. Aux termes de l'article 58 de la Convention, el incombe a ce dernier de fournir a la Commission le financement des ses dépenses, parmi lesquelles devraient figurer les sommes nécessaires pour verser aux avocats des honoraires adequats dans le cadre de l'assistance judiciaire".
Arret du 10 Mars 1980, párf. 15-16.
Recueil des Textes, pág. 113.

- (116) Publ. Cour. Eur. D.H. Arret Sunday Times du 6 Novembre

.../...

No se alegó, que el derecho interno -inglés- permitie se "borrar completamente" las consecuencias de la decisión en litigio: atentado a la libertad de expresión (117).

Los interesados habían, inicialmente, mencionado el perjuicio moral y material sufrido. Pero en su demanda de reparación, en base del artículo 50, confirmada por sus observaciones, limitaban su reclamación a cubrir las "costas y gastos". Interesa en este sentido, tener en cuenta que el "derecho" de reparación suele llevar al requirente a establecer una cierta precisión del contenido de la compensación que solicita. Aunque no sea estrictamente obligatorio, según la más reciente jurisprudencia.

Porque el Tribunal puede entender que, en el dominio del artículo 50 no tenga que examinar mas que las reclamaciones que, en concreto, se le formulen; pues no entrando en juego, el "orden público", derivado de los principios fundamentales del Convenio, el Tribunal no pretende averiguar "de oficio", si el requirente ha sufrido otros daños.

.../...

1980, Série A, n° 38 (article 50), par. 13, pág. 8, en igual sentido se había pronunciado el Tribunal en: Arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 10 Mars 1972, Série A, n° 14, par. 23, pág. 11.

- (117) En este asunto los recurrentes no alegaron que el derecho inglés permitiese eliminar completamente las consecuencias de la decisión impugnada. Y, por su parte, la Comisión había subrayado que "la naturaleza intrínseca de la violación" impedía una reparación. Según la Comisión no procedía, en el caso concreto, tener en cuenta "los daños materiales". En cambio, esti-

.../...

Por eso, se limitó, en el caso concreto, a analizar las pretensiones relativas a costas y gastos (118). Esta actitud del Tribunal es, también, muy relativa, máxime después de la sentencia del asunto Guzzardi.

En todo caso los requirentes alegaban que no había razón alguna para alejarse de la regla nacional -inglesa- habitual, según la cual "los gastos siguen a lo principal" (Costs follow the event).

Sin embargo, el Tribunal precisó que no aplica una norma jurídica nacional cuando enjuicia, en virtud del artículo 50, una demanda de reembolso de los gastos del proceso. La parte lesionada no tiene derecho a recobrarlos automáticamente (119).

.../...

maba oportuna una "compensación pecuniaria" por el "perjuicio moral".
Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Sunday Times du 6 Novembre 1980, Série A, n° 38 (article 50), párrfs. 13-14, pp. 8-9.

- (118) En el asunto De Weer el Tribunal declaró que debe analizar únicamente los daños que se le aduzcan. Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 27 Fevrier 1980, Série A, n° 35, párrf. 59-60, pp. 31-32. Y arrêt du 26 Avril 1979, Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 30, pp. 8-27. El Tribunal había declarado que la prohibición de publicar "Times Newspaper Limited" en virtud de "contempt of court" de la legislación inglesa había violado el art. 10 del Convenio y que no había infringido el art. 14 del mismo. Véase Ibidem párrf. 42, 73, pp. 45 (punto 1 y 2 del dispositivo) y 28-43.

- (119) En el mismo sentido se pronunciaba la Comisión.

.../...

El Tribunal estimó apropiado distinguir, como en el asunto Neumeister, entre el perjuicio causado por la infracción a las exigencias del Convenio y los gastos necesarios. Interesa subrayar que, según el Tribunal, era difícil "imaginar que una confirmación de la violación pueda procurar per se una compensación equitativa respecto a los gastos" (120).

Y aunque el mandato interno de no publicación de cierto artículo fue después modificado, no por ello ha dejado de darse un hecho importante: los requirentes han sufrido, durante cerca de tres años, una "privación parcial de su libertad de expresión en condiciones incompatibles con el artículo 10" (121).

Y la excusa del Gobierno de su propósito de proceder a una reforma legislativa en materia de "desacato al tribunal", generadora del litigio, no se estima como circunstancia pertinente y eximente (122).

.../...

Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 6 Novembre 1980 (article 50) Série A, n° 38, párf. 9 y 15, pp. 7 y 9.

(120) En la sentencia de 10 de marzo de 1980 el Tribunal europeo resolvió la aplicación del art. 50, en el asunto Köning contra la República Federal de Alemania, y sobre el que se había pronunciado el 28 de Junio de 1978. Al recurrente se le concedió, a título de indemnización 39.789'95 marcos alemanes. Arrêt du 10 Mars 1980, Série A, n° 36, pág. 14.

(121) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt 26 Avril 1979, Série A, n° 30, pp. 45 y 28-43. Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 6 Novembre 1980 (article 50). Série A n° 38, párf. 15, pág. 9.

(122) Ibidem, párf. 15, pág. 9.

Los Estados contratantes interesados, -dice el Tribunal-, tienen de todas maneras la obligación de adaptar su derecho interno a las exigencias del Convenio (123).

El Tribunal reitera el criterio de que concede una "compensación equitativa" "cuando hay lugar" a ella. Por ello, goza en la materia -como ya expusimos- de un poder de apreciación del que hace uso en función de lo que estima equitativo.

La compensación quedó limitada a la reparación de "costas y gastos" (124).

(123) En contra de la tesis del gobierno. El Tribunal señaló que: "On ne saurait pourtant considérer ces données comme pertinentes pour l'examen des présentes demandes: les Etats contractants intéressés ou de toute manière l'obligation d'adapter leur droit interne aux exigences de la Convention et nulle conséquence juridique ne s'attache à l'ampleur de la majorité à laquelle Commission et Cour adoptent leurs décisions en vertu des textes qui les régissent (articles 34 et 51 (2) de la Convention, article 20 (1) du règlement de la Cour). N'apercevant pas de circonstances de nature à justifier une dérogation à sa pratique habituelle, la Cour rejette la thèse principale du Gouvernement". Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 38, pág. 10.

(124) Affaire Le Compte, Van Leuven, et De Meyere, Arrêt du 18 octobre 1982. párrs. 17-25. Affaire "X contra Reino Unido", Arrêt du 18 octobre 1982, párrs. 22-26. Affaire Young James et Webster, Arrêt du 18 octobre 1982, párrs. 10-17.

g. Innovación sobre el derecho de reparación y la hipotética equiparación del terrorista al vagabundo.

No es menos relevante para la aplicación del derecho de reparación las implicaciones posibles del trato jurídico dado a un detenido con categoría de "mafioso".

El Tribunal no parece, en cambio, haber atribuido valor especial alguno a la circunstancia de que el requirente era un terrorista y un mafioso" (Fitzmaurice).

"El Tribunal ha descuidado completamente la tesis del gobierno italiano sobre las graves amenazas derivadas esencialmente del terrorismo político y de la mafia, que planean hoy en día sobre el orden público en Italia" (125).

Y no es menos significativo, el pensamiento del juez Matscher: ciertas medidas que, a la luz del Convenio, pueden ser criticables en una situación normal, lo son menos y pueden considerarse conformes al Convenio en una situación de crisis del orden público y singularmente cuando se ven amenazados los derechos fundamentales de los demás, también protegidos por el Convenio, se trataría de un Estado democrático luchando por la salvaguardia de los derechos fundamentales de sus ciudadanos (126).

(125) Arrêt du 10 Mars 1980, párf. 5, in fine, 6-11 y párf. 13, 15-16. En droit. Y Recueil des Textes, pp. 415-416.

(126) Arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 10 Mars, 1972. Série A, n° 14, párf. 23, pág. 11.

H. Criterios determinantes de la evaluación de costas y gastos procesales.

La aplicación del artículo 50, debía según el Tribunal de tener en cuenta las consideraciones jurisprudenciales de otros asuntos anteriores sobre la determinación de las costas y gastos procesales. Se trata de los asuntos Neumeister, Köning, Sunday Times, Artico, X c. Gran Bretaña, Le Comte van Leuven y De Meyere y Young, James y Webster (127).

En la evaluación y determinación de costas-gastos pre valecen tres normas precisas: La efectividad, la necesidad y el carácter razonable de los gastos.

1. Efectividad del gasto.

Los requirentes no se habían beneficiado de la asistencia judicial gratuita ante la Comisión, ni cerca de sus Delegados. El Gobierno y la Comisión no discutían la materialidad de los gastos soportados en Estrasburgo. En este caso, "en defecto de indicios en sentido contrario", el Tribunal no consideró necesario procurarse "piezas justificativas" por el resto (128).

-
- (127) Ibidem, párf. 23, pág. 13 y Publ. Cour. Eur. D.H. y Arrêt Neumeister du 7 Mai 1974, Série A, n° 17, párf. 43, pp. 20-21 y arrêt Köning du 10 Mars 1980, párf. 24-26, pp. 18-19. Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 6 Novembre 1980, n° 38, párf. 23, pág. 13. Publ. Cour. Eur. D.H., Arrêt du 18 Octobre 1982, Série A, n° 55, párrafos 14 y ss. Publ. Cour. Eur. D.H., Arrêt "X c. Reino Unido" pfo. 15.
- (128) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Luedicke, Belkacem et Koç du 10 Mars 1980, Série A, n° 36, párf. 15, pág. 8. arrêt Artico du 13 Mai 1980, Série A, n° 37, párf. 40, pág. 10 y Arrêt Sunday Times, Série A, n° 38, párf. 24, pág. 13. Arrêt Le Comte, van Leuven et De Meyere, Série A, Vol. 54, pág. 21.

La suma en discusión era de 7.500 libras relativa al trabajo realizado por el agente de los requirentes y del jefe de su servicio de lo contencioso: elaboración del texto de las memorias, preparación y participación en los debates ante la Comisión, instrucciones a dar a los abogados con vistas a las audiencias ante el Tribunal. Los Delegados de la Comisión se mostraron muy escépticos sobre la realidad de tales gastos, por entender que las ocupaciones del agente-asesor, figuraban entre las funciones normales del Jefe de lo contencioso de una empresa y estaban cubiertas por sus emolumentos normales. El Tribunal concebía que, en el caso concreto, los emolumentos habituales podían comprender las actividades mencionadas.

Ahora bien, si un empleado, al consagrar su tiempo a un proceso determinado, se ocupa de un género de tarea que incumbiere de otra forma a juristas independientes, es en general razonable considerar como gasto del patrono la parte de los haberes que representan la retribución normal (129).

El Tribunal concluyó que la cifra de 7.500 Libras podrían considerarse como "realmente explicada" (130).

2. Necesidad del gasto.

Los gastos habidos en el proceso en Estrasburgo fueron

(129) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Sunday Times du 6 Novembre 1980, Série A, n° 38, párf. 24-25 pp. 13-14.

(130) Ibidem párf. 25 in fine, pág. 14.

objeto de apreciación divergente por la Comisión y el Gobierno demandado. El Tribunal ponderó los criterios discrepantes (131).

El gobierno sostenía que no debían de tenerse en consideración los gastos que hubiesen desembolsado los recurrentes y que no eran necesarios para determinar la violación del Convenio. Es curioso observar que el Estado demandado se oponía a ciertos gastos por considerarlos imputables a las "tesis sostenidas en vano" por los reclamantes. Negaba a los requirentes el reembolso de las sumas utilizadas por ellos en el desarrollo en detalle de los argumentos que la Comisión y el Tribunal habían rechazado. Según este criterio no se trataba de gastos necesarios para llegar a establecer la violación del Convenio (132).

Era lógico que los requirentes objetasen que tenían que defender su causa de la mejor manera posible (133).

El Tribunal no aceptó la tesis del Gobierno. Recordaba que el tema había sido ya tratado en el asunto Neumeister y, en tonces, no se había distinguido entre los gastos relativos a

(131) Invocaba el asunto Neumeister, arrêt du 7 Mai 1974. Série A n° 17, pp. 20-21.
Arrêt de la Cour du 26 Avril 1979, párf. 42, 46 y 69, pp. 28, 30, 42-43.

(132) Arrêt du 6 Novembre 1980, Série A n° 38, párf. 27-28, pág. 14.

(133) Ibidem, párf. 27 in fine, pág. 14.

los agravios invocados con éxito (a título del art. 5 -3-) y los gastos relacionados con argumentos presentados en vano (En razón de los arts. 5 -4- y 5 -1-) (134).

Ciertamente, como ya anticipamos, el interés de una sana y pronta administración de justicia no se aviene con el hecho de abrumar a los órganos del Convenio con medios extraños a la causa, pero no se pueden calificar de tales los argumentos aducidos en el proceso si se relacionaban con el corazón o el núcleo esencial de la interpretación del artículo 10 sobre la "libertad de expresión". El buen sentido del Tribunal advertía que el jurista tiene el deber de presentar la defensa de su cliente con la "amplitud y talento" de que sea capaz. Y, por ello, no se puede predecir, con seguridad, el peso que el Tribunal va a atribuir a tal o cual medio de defensa, salvo si éste es "manifiestamente ocioso y sin valor" (135).

Por otra parte, son ilustrativas las reflexiones sobre los honorarios abonados a los abogados, porque se planteaba la cuestión del número razonable de consejeros que puedan utilizar los requirentes.

El gobierno demandado consideraba necesarios los gastos ocasionados por la participación de tres abogados. Los Delegados de la Comisión admitían lo contrario.

(134) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 7 Mai 1974, Série A n° 17, párf. 2 y 42, pp. 4, 19-20 y arrêt du 6 Novembre 1980. Série A n° 38, párf. 28, pp. 14-15.

(135) Ibidem párf. 28 in fine, pág. 15.

Y el Tribunal ponderó con mesura, las tesis adversas, entendía que los requirentes no eran, ciertamente, -como ya razonamos- parte en la causa ante el Tribunal y que sus consejeros se limitaban a asistir a los Delegados de la Comisión, aunque ésta no representaba a los requirentes, pues su función principal es la de "ayudar" al Tribunal en virtud de su misión de interés general. Este había sido, también la línea de pensamiento seguida en el asunto Lawless (136).

Ahora bien, el hecho social de la asistencia de tal forma de los requirentes en relación con el procedimiento "revisite un interés evidente" (137). Pese a este criterio flexible el Tribunal estima que en las circunstancias del caso concreto, "no se imponía", la presencia de más de un abogado, en el curso de la "audiencia". Se hallaban presentes, también, dos de los requirentes.

Cosa distinta de la comparecencia ante el Tribunal son los servicios técnico-jurídicos de la preparación, en un plazo bastante breve, de una copiosa memoria que exigía investigaciones muy minuciosas.

"Sin pronunciarse sobre el número exacto de abogados que fuera preciso a tal fin, el Tribunal no piensa que uno solo resultara suficiente" (138).

(136) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 14 Novembre 1970, Série A, n° 1, pp. 11 y 16.

(137) Arrêt du 6 Novembre 1980, Série A, n° 38, párf. 29-30, pág. 15.

(138) Arrêt du 6 Novembre 1980, Série A, n° 38, párf. 29-30, pág. 15.

Teniendo en cuenta esos datos y factores concretos, aceptó en tal rúbrica el importe de 10.000 libras de compensación (139). Igualmente tienen interes desde la óptica del requirente, los gastos de viaje y de hotel generados con motivo del procedimiento. El Gobierno discutía los gastos de la presencia en los debates de la Comisión de un consejero y dos de los requirentes. El Tribunal, por el contrario, aceptó esos gastos "como necesarios". El Gobierno impugnaba también la petición de la fracción de gastos atribuibles al viaje y presencía de tres abogados y tres requirentes. La Comisión creía que la decisión "depende de lo que el Tribunal entiende por necesario".

Y el Tribunal estimó que la presencia y el viaje de dos requirentes y dos abogados "ofrecía un interés" y considero conveniente aplicar la solución adoptada en el asunto Köning (140). Y sólo retuvo una de las cifras solicitadas: 767 libras. Y reconoció "como necesarios" los gastos habidos de "viaje y estancia" de tres requirentes y su agente.

Por otra parte, fueron objeto de debate los gastos relacionados con la audiencia pública de la lectura de la sentencia. La Comisión se manifestaba ciertamente "escéptica" sobre los viajes y estancia a tal fin del agente y dos de los requirentes. El Tribunal comprendía el deseo de los requirentes de asistir al acto público del pronunciamiento de la sen-

(139) Ibidem, párf. 30, pág. 15.

(140) Ibidem, párf. 29-30, pág. 15.;

tencia; pero no podía afirmar que su presencia fuese necesaria según el artículo 50. En cambio, consideraba pertinentes los gastos derivados del desplazamiento del Agente (141).

Merece, en fin, señalarse la evaluación de otros gastos. Por ejemplo: El Tribunal no dudó de la necesidad de otros gastos solicitados: el trabajo del Agente, (memorias, preparación para los debates e instrucciones a dar a los abogados, etc.), gastos de traducción, de máquina, documentos, las llamadas telefónicas y demás comunicaciones, etc... (142).

3. Carácter razonable del importe de las costas-gastos.

Reconocida la realidad y la necesidad de los gastos habidos en el proceso subsiste aún otro elemento determinante de la compensación equitativa: indagar y esclarecer si los mismos se sitúan en "un nivel razonable" (143).

(141) Arrêt du 10 Mars 1980, párf. 26, pág. 19.

(142) Ibidem, párf. 35, pág. 16.
El Gobierno no adujo nada en contra; correspondían 7.500 Libras por los honorarios del agente; 26 libras 84 por la traducción; 231 Libras 62 por la máquina; envíos 50 Libras 02 y 20 Libras; llamadas telefónicas 250 Libras.
Por tanto un total de 8.078 Libras 48.
Arrêt du 10 Mars 1980, párf. 40, pág. 17.

(143) Ibidem, párf. 41, pág. 17. Arrêts du 18 octobre 1982, affaire "X c. Royaume Uni", párf. 22-24.
Affaire "Le compte, Van Leuven y De Meyere."
Affaire Yound. James et Webster, párf. 15. Arret Sunday Times, du 6 Novembre 1980, Série A, n° 38, párf. 23, pág. 13.

El Gobierno entendía que las sumas demandadas (en particular los honorarios del abogado) rebasaban lo que sería normalmente reembolsable según el método nacional de evaluación de gastos.

El Tribunal no profundiza la cuestión, por entender que "los criterios o tasas nacionales no le vinculaban en materia de gastos judiciales reclamados en razón del artículo 50". Servía de antecedente el asunto Köning (144).

El Gobierno aducía, por vía subsidiaria, que el reembolso no debía, en todo caso, exceder la cifra calculada, según las tasas vigentes en el marco del sistema de la asistencia judicial gratuita que funcionaba ante la Comisión (145).

El Tribunal no aceptó el razonamiento del Gobierno. Estimó decisivo que los gastos se revelaron "razonables", conforme a la experiencia jurisprudencial del citado asunto Köning (146).

Es de observar, asimismo, la aplicación del carácter razonable a los gastos del procedimiento en relación directa y estricta con el artículo 50.

Los requirentes consideraron razonable agregar una suma

(144) Arrêt Köning du 10 Mars 1980, párf. 22-23 y 25, pp. 18-19.

(145) Arrêts Airey du 6 fevrier 1981. Série A, n° 41, párf. 13, pág. 9 y Arrêts Young James et Webster du 18 Octobre 1982, Série A, n° 55, párf. 5-16 y 17.

(146) Arrêt Sunday Times du 6 Novembre 1980, párf. 41, pág. 17.

"por el procedimiento relativo al artículo 50" (3.000 libras). Ni el Gobierno, ni la Comisión no dijeron que no fuese "real y necesaria" (147).

Los requirentes no aducían el detalle, pero se trataba del trabajo realizado por el Agente.

El Tribunal no precisó examinar mucho la cuestión: "ciertos gastos declaró- se imponían manifiestamente en razón del procedimiento relativo al artículo 50" y la suma de 3.000 libras no parecía razonable (148). Importa a su vez, recordar el tema de los "intereses", que no suele ser planteado con frecuencia.

El Gobierno y la Comisión, no consagraron comentarios particulares a la petición de los requirentes de "un interés del 10%" a partir de la sentencia y hasta el momento del abono de la compensación debida.

El Tribunal declaró que cabía presumir que el Estado ejecutaría, en los mejores plazos, "la obligación que le incumbía según los términos del artículo 53". Y no acogió la petición (149).

La cifra de reparación global, considerada como com-

(147) Arrêt du 10 Mars 1980, párf. 22-23 y 25, pp. 18-19.

(148) Ibidem, párf. 24, pág. 19 y Arrêt du 6 Novembre 1980, párf. 42, y 5, pp. 18, y 5-6.

(149) Recueil des Textes, pág. 112.

pensación equitativa, ascendió en el asunto "Sunday Times", a 22.626 Libras esterlinas (150).

I. Sinopsis de la aplicación técnico-pragmática del artículo 50.

Durante 24 años de actuación, el Tribunal sentenció solamente sobre 17 casos de aplicación del artículo 50 -al margen de aquellos en los que consideró improcedente la reclamación-. La sinopsis del ejercicio judicial del derecho de reparación es, pues muy breve, y contrasta, de modo notable, con la fecundidad interpretativa sobre la materia por parte del Tribunal:

1. El Tribunal asignó una indemnización pecunaria en 11 asuntos:

- a) Ringeisen: el 22 de junio de 1972 le concedió 20.000 marcos alemanes.
- b) Neumeister: el 7 de mayo de 1974 le concedió 30.000 chelines austriacos.
- c) Deweer, el 27 de febrero de 1980, le concedió 10.000 francos belgas y 800 francos franceses.
- d) Köning el 10 de marzo de 1980, le concedió 39.789 marcos alemanes con 95.

- e) Artico el 13 de mayo de 1980, le concedió 3.000.000 de Liras.
- f) Sunday Times el 6 de noviembre de 1980 le concedió 22.626 Libras con 78.
- g) Guzzardi en la misma fecha le concedió 1.000.000 de Liras.
- h) Airey el 6 de febrero de 1981 le concedió 3.140 Libras irlandesas.
- i) Le Compte, Van Leuven y De Meyere les concedió el 18 de octubre de 1982, 77.000, 63.000 y 42.000 Francos Belgas respectivamente.
- j) Young, James y Webster les concedió en la misma fecha 18.626, 46.215 y 10.076 Libras respectivamente.
- k) X c. Reino Unido le concedió en la misma fecha 324 Libras.

2. En 4 asuntos estimó que la mera constatación de la violación debía considerarse como compensación equitativa suficiente.

- a) Golder.
- b) Engel y otros, En este caso el 23 de noviembre de 1976 le concedió únicamente al primero una satisfacción simbólica de 100 florines holandeses, negándosela a Krit, Dona y Schul.
- c) Marckx.
- d) Deweer: en cuanto al daño moral.

3. Denegó la solicitud de reparación: el 10 de marzo de 1972 en el asunto De Wilde, Ooms y Versyp declaró como reparación suficiente la modificación legislativa interna impugnada por los recurrentes, declarando infundadas las solicitudes. En el asunto Luedicke Belkacem y Koç denegó el 10 de marzo de 1980 la concesión de reparación solicitada por el abogado de Belkacem debido a que éste no gozaba de la condición fundamental para la aplicación del artículo 50 y borró de la lista de asuntos pendientes las solicitudes de Luedicke y Koç. Y por último en el asunto Winterwerp, el 27 de noviembre de 1981 consideró equitativo el acuerdo que medió entre las partes y por consiguiente borró la cuestión de la lista de asuntos pendientes (151).

-
- (151) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Ringeisen du 22 Juin 1972 (article 50). Série A, vol. 15.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Köning du 10 Mars 1980, Série A, n° 36.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Artico du 13 Mai 1980, Série A, n° 37. Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Sunday Times du 6 Novembre 1980, Série A n° 38. Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Guzzardi du 6 Novembre 1980, Série A, n° 39.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Airey du 6 Février 1981, Série A, n° 32.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Golder du 21 Février 1975, Série A, n° 18.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Engel et autres du 28 Novembre 1976, Série A, n° 22.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Marckx du 13 Juin 1979, Série A, n° 31.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 10 Mars 1972. Série A, n° 14.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Luedicke Belkacem et Koç du 10 Mars 1980. Série A, n° 29.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Winterwerp du 27 Novembre 1981. Série A. n° 4.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt le Compte van Leven et De Meyere, Série A, n° 54. Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Young James et Webster, Série A, n° 55.
 Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt X c. Reino Unido, Série A, n° 55. Las 3 últimas sentencias fueron dictadas el 18 octubre 1982.

1. Asignación de una indemnización pecuniaria.

a) En el asunto Ringeisen el Tribunal interpretó los daños que debían de tenerse en cuenta para determinar el derecho de reparación del recurrente. A quien concedió la suma de 20.000 marcos alemanes como compensación complementaria por la excesiva duración de su detención que conculcaba el artículo 5 (3) del Convenio (152). Y estimó necesario considerar tanto los daños morales como los materiales sufridos y originados por la grave injusticia a que se le sometió (153).

En la sentencia interpretativa de 23 de Junio de 1973, el Tribunal declaró que la suma concedida a título de reparación era "inembargable" por las autoridades austríacas y a tal fin dispuso que le fuese entregada la suma en la República Federal de Alemania donde residía el recurrente y determinó que el pago

(152) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 14, párf. 1 y 2 de la motivación de la sentencia pág. 11.
En contra sólo se manifestó en su voto particular el juez Zekia: "Since our Court is competent to give just satisfaction to a victim of a violation of the provisions in the Convention. I entertain no doubt that we possessed the power to award costs to the applicants if we thought the circumstances of the case warranted such course". Ibidem, pp. 21-22, en concreto 22 in fine. La detención provisional había sobrepasado en 22 meses el plazo razonable exigido por el art. 5 (3).
Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 16 Juillet 1971.

(153) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 22 Juin 1972 (art. 50) Série A, n° 15, párf. 23-26, pp. 9-10. La concesión se efectuó por unanimidad. A pesar de que los jueces Holmbäck y Wold que se manifestaron en contra de la violación constatada en la sentencia de 16 de Julio de

fuese directo y personal (154).

b) El Tribunal, a este mismo Estado, en su sentencia en el asunto Neumeister de 7 de Mayo de 1974, por unanimidad, le impuso la obligación de abonar al recurrente la suma de 30.000 chelines austríacos (155).

El Tribunal distinguió entre el perjuicio ocasionado por la violación del Convenio y los gastos necesarios desembolsados en el ámbito interno, para procurar evitar la violación y, en el ámbito internacional, para obtener la satisfacción. La justa compensación se le concedió partiendo de la base de las tasas que se aplican en la Comisión, para la concesión de asistencia legal gratuita (156).

c) En el asunto De Weer el Tribunal concedió unánimemente a los recurrentes una reparación equitativa, en virtud del

.../...

1971. En la sentencia relativa al art. 50, se consideró obligado a aceptar el montante de la indemnización concedida a Ringeisen. En igual sentido se manifestó el juez Verdross invocando el art. 48 del Reglamento. En Recueil des Textes, pág. 415 y Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 22 Juin 1972 (article 50) Série A, n° 15, pp. 11-12.

(154) Ibidem, párf. 27, pp. 10-11.

(155) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 17, párf. 43-44, pág. 20-21.

(156) Ibidem, pág. 21.

daño material sufrido que, cubría los gastos ocasionados en el ámbito interno, por la multa ilegítimamente impuesta, así como los gastos con motivo del procedimiento de Estrasburgo.

Desestimó la tesis belga que reputaba borradas las consecuencias de la violación del artículo 6 (1) del Convenio, mediante el reembolso de la multa "transaccional", impuesta al recurrente y, que fue entregada a sus herederos y la anulación de la decisión interna controvertida. Entendió que dada la realidad de los gastos habidos por sus causahabientes el gobierno belga debería entregarles junto con el reembolso de la multa irregular (10.000 francos belgas), los gastos de viaje y estancia motivados por las audiencias celebradas ante la Comisión (157).

Sin embargo, como en los asuntos expuestos anteriormente, consideró que para resarcir el daño moral era suficiente la constatación de la lesión de los derechos del recurrente fallecido (158).

d) La República Federal de Alemania, hubo de abonar 39.789'75 marcos alemanes al Dr. Köning. El Tribunal tuvo en cuenta, para conceder la indemnización, la totalidad de perjuicios económicos personales ocasionados y, resolvió que el Estado alemán le reembolsara los gastos del proceso de Estrasburgo, 9.789'95 marcos alemanes y 30.000 marcos alemanes (159), para

(157) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 27 Février 1980, párf.59.

(158) Ibidem, punto 6 de la motivación de la sentencia.

(159) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Köning du 10 Mars 1980, Série A, n° 36, pp. 14-15.

resarcirle del daño moral sufrido, así como por la situación de incertidumbre padecida, debido a la excesiva lentitud del procedimiento para rehabilitarle en el ejercicio de la profesión médica y en la explotación y dirección de su clínica.

e) En el asunto Artico, el Tribunal no tuvo en cuenta la negligencia del recurrente, que aducía el gobierno, de recurrir en el ámbito interno, ya que como lo ha consagrado en su jurisprudencia, ésta actitud no obliga al Tribunal a rechazar las alegaciones relativas a la reparación (160).

Habida cuenta del saldo negativo de que disponía el recurrente, a pesar de la conmutación de la pena, la ventaja concedida no se podía considerar como una reparación integral; en cuanto al daño moral sufrido el Tribunal lo aprecia equitativamente y le concede una indemnización pecuniaria de 3.000.000 de Liras (161).

(160) Arrêt de Wilde, Ooms et Versyp du 10 Mars 1972. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 14, párf. 14-16 y 20, pp. 7-10. Arrêt Köning du 10 Mars 1980. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 36, párf. 15, pp. 14-15 y Arrêt Artico du 13 Mai 1980. Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 37, párf. 44 y pp. 20-21.

(161) A cargo del interesado todavía pesaba un año, diez meses y veinte días. Ibidem, pág. 21, véase arrêt Ringelsen du 22 Juin 1972, Série A n° 15, párf. 26, pág. 10. Arrêt Neumeister du 7 Mai 1974. Série A n° 17, párf. 40-41, pp. 18-19. Arrêt Engel et autres du 23 Novembre 1976, Série A n° 22, párf. 10, pp. 68-69. Série A, vol. 37, párf. 46-48, pp. 21-22.

f) En el asunto Sunday Times, el Reino Unido tuvo que conceder a los requirentes la suma de 22,626 Libras esterlinas con 78 p. que les atribuyó el Tribunal europeo por las costas y gastos del procedimiento celebrado ante las instancias de Estrasburgo.

En cambio, el Tribunal desestimó la solicitud de intereses de los requirentes (162).

g) En el asunto Guzzardi el Tribunal dispuso que el Estado italiano abonase 1.000.000 de Liras al recurrente, por la privación de libertad sufrida; en cuanto a las condiciones y características de dicho período, tuvo en cuenta el Tribunal las singularidades de las mismas (163).

h) En el asunto Airey el Tribunal concedió a la requirente únicamente la indemnización pecuniaria de 3, 140 Libras, habida cuenta de que se había beneficiado de asistencia judicial gratuita; el Tribunal entendió que la parte lesionada no demostraba haber pagado o tener que pagar, a sus consejeros un suplemento de honorarios sobre los que pudiera reclamar el reembolso (164).

(162) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Sunday Times du 6 Novembre 1980 (article 50) Série A, n° 38, párf. 40 y ss.

(163) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Guzzardi du 6 Novembre 1980, Série A, n° 39, párf. 114.

(163 bis) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Airey du 6 Février 1981. Série A, n° 32.

i) En el asunto *Le Compte, Van Leuven y De Meyere* el Tribunal dispuso que el Estado belga debía abonar, en concepto de costas y gastos la suma de 77.000 francos belgas a *Le Compte*, en esta suma se incluían los dispendios desembolsados con motivo de los procedimientos celebrados en el ámbito interno, así como en Estrasburgo, cuyo origen se encontraba en la infracción del art. 6 (1); asimismo debían serle abonados 63.000 y 42.000 francos belgas a *Van Leuven* y a *De Meyere* respectivamente. (164)

j) En el asunto *Young, James y Webster* el Tribunal decidió por unanimidad que el Reino Unido indemnizase a los recurrentes por el perjuicio material que les había ocasionado -salarios impagados, derechos pasivos no devengados, así como otras ventajas laborales menospreciadas-. Correspondiéndoles 17.626 Libras a *Young*, 45.215 a *James* y 8.076 Libras a *Webster*.

El Tribunal decidió asimismo la indemnización de los recurrentes por el perjuicio moral sufrido correspondiéndole al Reino Unido abonar la suma de 2.000 Libras a *Young*, 6.000 a *James* y 3.000 Libras a *Webster*, sin embargo, admitió la propuesta estatal para sufragar los gastos de los recurrentes y de la que se dedujo la cantidad previamente abonada a efectos de la asistencia judicial gratuita, correspondiendo a los recurrentes 29.236 Libras. (164 bis)

k) Por último, en el asunto "*X c. Reino Unido*", el Tribunal admitió el carácter equitativo del acuerdo que había mediado entre las partes y por consiguiente redujo la indemnización, que debía solo cubrir los gastos ocasionados al recurrente por los procedimientos internos celebrados, atribuyéndole la suma de 324 Libras. (165)

(164) Publ. Cour. Eur. D.H., arret du 18 octobre 1982, Série A, n° 54, párrs. 17-21.

(164 bis) Publ. Cour. Eur. D.H., arret du 18 octobre 1982. Série A, n° 55, párrs. 10-11, 12-13.

(165) Publ. Cour. Eur. D.H., arret du 18 octobre 1982, Série A, n° 55, párrs. 20-26.

2. La constatación de la violación como compensación equitativa.

a) En el asunto Golder, en su sentencia de 21 de Febrero de 1975, declaró por unanimidad que la mera constatación de la violación del artículo 8, constituía en sí misma una "satisfacción equitativa".

En igual sentido se pronunció en su sentencia en los asuntos Engel y otros y Marckx. En el asunto Golder:

"La Cour considère que la dite question, dûment soulevée par elle, est en état et qu'elle doit donc la trancher sans plus tarder. Elle estime que dans les circonstances de la cause, il n'ya a pas lieu d'accorder au requérant une satisfaction équitable autre que celle résultant de la "constation" d'une lésion de ses droits".

Por unanimidad decidió que hubo violación del artículo 8 y por nueve votos frente a tres que hubo violación del artículo 6 (1) (165).

(165 bis) Publ. Cour. Eur. D.H. Affaire Golder, arrêt du 21 Février 1975, Série A, n° 18, pág. 23.
El Tribunal decidió: "Dit à l'unanimité que les décisions qui précédent constituent par elles memes une satisfaction équitable suffisante au sens de l'article 50".
Ibidem, pág. 23, respecto de la última violación, presenta una singular importancia el voto particular del juez Sir. Gerald Fitzmaurice, pp. 32 y ss.

b) En el asunto Engel y otros se manifestaron contrarios a esta decisión los jueces Ganshof van der Meersch y Evrigenis (166).

"Selon l'article 50 de la Convention la Cour accorde, aux conditions prévues dans cette disposition, une "satisfaction équitable" à la partie lésée, si elle constate une violation de la Convention. Il paraît difficilement acceptable d'affirmer que la constatation par la Cour d'une violation de la Convention dans ses dispositions matérielles, tout en étant une condition d'application de l'article 50 de la Convention, peut être en même temps la conséquence juridique qui découle de cette même disposition".

En este asunto la juez suiza Bindschedler Robert, había formulado un voto particular en el que consideraba que la computación de la pena en base a la detención provisional sufrida, constituía una reparación completa que borraba plenamente las consecuencias de la responsabilidad del Estado. Ahora bien si el Tribunal había admitido la ilicitud de la detención provisional, la juez estima que:

"L'imputation n'a pas constitué une pleine réparation et que, en plus de la consta-

(166) En sus votos particulares. Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt du 23 Novembre 1976, Série A, n° 22, pág. 71.

tation de la violation de la Convention dont il a été victime, il y a donc lieu d'accorder à K. Engel une indemnité à titre de satisfaction pour le dommage moral subi" (167).

Es curioso observar el resultado si se tiene presente que, no había sido el recurrente el que había presentado una demanda para obtener la satisfacción equitativa, sino que el propio Tribunal había analizado esta cuestión "ex officio" (168).

c) En el asunto Marckx se había solicitado a título de perjuicio moral sufrido, la indemnización de un franco belga, a título de daños y perjuicios. (169). En un voto particular conjunto los jueces Ganshof van der Meersch y Evrigenis reiteraron la posición ya defendida en el asunto Engel y otros, que fue también compartido en el presente asunto por los jueces Balladore-Pallieri, Pedersen, Pinheiro Farinha y García de Enterría (170).

(167) Ibidem, voto particular de Bindschedler-Robert pág. 71.

(168) En cuanto a la "restitutio in integrum", véase Ibidem, párf. 10, pp. 68-69.

(169) Audience du 24 Octobre 1978, Publ. Cour. Eur. D.H. vol. 31, párf. 68, pág. 29.

(170) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 31, pp. 32-33.

Que aun comprendiendo que las situaciones eran diferentes, porque en el asunto invocado el recurrente no había presentado una demanda para obtener la satisfacción equitativa, entienden que no puede evaluarse el carácter equitativo de la satisfacción debida a la víctima, mediante la mera constatación de la violación.

"Ne saurait être acquise par une décision de principe de portée générale seulement, et que l'appréciation du caractère équitable de la satisfaction accordée à la partie lésée et la forme qui lui est donnée doivent être déterminées par les faits et les situations propres à chaque affaire" (171).

Y deducen que la reclamación de la concesión de la reparación debía de serle concedida a la madre y la declaran procedente; la moderación de la reclamación pecuniaria que era mínima, revestía a la reparación de un carácter de principio, debido a la honesta actitud de las recurrentes y habida cuenta de la procedencia de una satisfacción de principio individualizada y personal por el daño moral sufrido.

(171) "Il n'existe, au surplus, ni dans la Convention ni dans les principes du droit international de règles qui s'opposent à l'octroi, en pareilles circonstances de fait, d'une satisfaction de principe individualisée", por el perjuicio sufrido y por el interés que tienen en que se les reconozca individualmente como víctimas de la situación jurídica creada por el Estado.
Ibidem, pág. 33. Véase Ibidem, pp. 39-54, en concreto, pp. 53-54.

En contra de su condición de víctimas se manifestó en su voto particular el juez inglés Fitzmaurice.

3. La modificación legislativa interna como reparación.

El Tribunal al condenar a un Estado le induce a modificar su legislación interna; efectuada ésta puede ser reputado como reparación suficiente. En el Asunto De Wilde, Ooms y Versyp, el Tribunal en su sentencia de 10 de Marzo de 1972 (172), había examinado si el derecho interno permitía borrar las consecuencias de la violación. Según su sentencia de 18 de Junio de 1971, la detención de los recurrentes era regular conforme a la normativa entonces vigente. El perjuicio primordial de los requirentes se derivaba de la ausencia de un recurso ante un tribunal, para impugnar la medida de privación de libertad, y no encontraba su origen en la detención (173).

El Estado belga previó el recurso invocado por los recurrentes mediante la ley belga de 6 de Agosto de 1971 (174).

(172) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, vol. 14, párf. 24-25, pág. 11.

(173) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, Arrêt du 18 Juin 1971, párf. 70, pp. 38-39.

(174) Doc. C M (71) 160 y Resolution du Comité des Ministres DH (72) 1, Recueil des Resolutions du Comité des Ministres adoptées en application de l'article 32 de la Con-

El Tribunal declaró que no existían consecuencias secundarias que se debieran compensar, porque no pudo comprobar la existencia de un daño moral que se derivase de la inexistencia del recurso. Dada la propia naturaleza del perjuicio, que impedía la "restitutio in integrum", decidió que no procedía la concesión de una reparación a los recurrentes.

4. La solicitud de reparación presentada por iniciativa del abogado del requirente.

El Tribunal resolvió en el asunto Luedicke Belkacem y Koç que la República Federal de Alemania reembolsara a los dos primeros recurrentes la suma desembolsada para ser asistidos por un intérprete en el procedimiento penal.

Los recurrentes se consideraron satisfechos cuando percibieron el abono de los honorarios de sus abogados. Resuelta la aplicación del artículo 50 quedó borrada de la lista de asuntos pendientes en cuanto a Luedicke y Koç, en cambio en el asunto Belkacem su abogado presentó a iniciativa propia, la solicitud de indemnización. El Tribunal la consideró improcedente porque no reunía el requirente la condición de "víctima", "partie lésée" exigida por el artículo 50, no se justificaba por tanto su solicitud de honorarios complementarios, y debido a que esta cuestión dependía en virtud

.../...

vention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales 1959-1981, Doc. H (81) 4, Strasbourg, 1981.

del artículo 58 del Convenio de los órganos del Consejo de Europa.

En el asunto Winterwerp, el requirente no solicitaba una compensación pecuniaria por el daño material o moral sufridos; su abogado formuló en su nombre la solicitud de una garantía para su puesta en libertad y medidas tendentes a la vigilancia del tratamiento posterior al internamiento.

El Tribunal comprobó que el acuerdo que medió entre las partes era equitativo y, que el requirente y su tutor prestaron su consentimiento en los términos de la conciliación, en la que se le conferían 10.000 florines al tutor de Winterwerp para su readaptación y reinserción social.

En vista de lo cual el Tribunal borró el caso de la lista de asuntos pendientes (175).

5. Sentencia Interpretativa del artículo 50.

Merece señalarse, en fin, el hecho singular de la existencia de una decisión del Tribunal europeo de carácter interpretativo sobre sus propias sentencias anteriores.

El procedimiento que inició la Comisión amparándose en el artículo 53 del Reglamento del Tribunal, pretendía la

(175) Publ. Cour. Eur. D.H. Arrêt Luedicke Belkacem et Koç du 10 Mars 1980, Série A, n° 29, párf. 15.

aclaración del contenido de la sentencia de 22 de Junio de 1972 en el asunto Ringeisen (aplicación del artículo 50) y la relativa al fondo, de 16 de Julio de 1971.

El objetivo del procedimiento se refería a los términos de la orden de pago y al eventual carácter embargable o no de la suma asignada como indemnización. Es decir, si podían beneficiarse de ella los acreedores del recurrente, o bien si la indemnización debía de ser abonada directamente al requirente en marcos alemanes, moneda distinta de la de su país nacional -Austria- por hallarse establecido en Alemania (176).

Jurídicamente, el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre el contenido mismo del artículo 52 del Convenio -carácter de finitivo de la sentencia y la solicitud de interpretación-. El Tribunal había establecido en su sentencia de 22 de Junio 1972 que la solicitud de interpretación de una sentencia no significa impugnar el carácter firme de la decisión (art. 52), sino que aspira a clarificar el espíritu y la obligatoriedad de su decisión.

Por consiguiente, su calidad de jurisdicción plena le autorizaba para pronunciarse al respecto, sin contravenir el Convenio, actuando en el ejercicio de su propia competencia (177).

(176) El recurrente solicitaba el pago inmediato de los 20.000 marcos alemanes en su lugar de residencia, Heidelberg.

(177) Publ. Cour. Eur. D.H. Série A, n° 15, párf. 17. pág. 7.

En cuanto a la modalidad del abono de la indemnización ordenada por el Tribunal, procuraba evitar retrasos en la entrega de la suma a la víctima, habida cuenta de su precario estado de salud; y debía efectuarse en la moneda corriente de la República Federal de Alemania (178).

El significado de la compensación, según el Tribunal, se correspondía con el daño moral sufrido, y, por ello, debía serle resarcido directamente a la víctima. Confiaba su ejecución a la discreción de las autoridades austríacas. Debían de respetar el principio de satisfacción personal, atribuido en la sentencia, y, por tanto, la compensación no era embargable (179).

En su voto particular a la sentencia de 22 de Junio de 1972, el juez Verdross disenta del razonamiento y de la decisión del Tribunal.

Pensaba que el artículo 50 del Convenio no atribuye al Tribunal facultades para limitar los derechos de los acreedores sobre la reparación otorgada al requirente. La relación entre el recurrente y sus acreedores se escapa a la competencia del Tribunal, pues el Convenio no contiene una disposición sobre la materia. Sin embargo, no debe entenderse que el Tribunal haya pretendido excederse de su competencia.

(178) Seis votos frente a uno, cinco votos frente a dos.

(179) Véase voto particular del juez Verdross, arrêt du 22 Juin 1972, pág. 6.
Ibidem, pp. 6-8.

El Tribunal, según Verdross, optó por confiar a las autoridades austríacas y a su buena fé la ejecución de la indemnización, evitando el término de "mandato" (180).

(180) Zekia critica e impugna el efecto obligatorio de la interpretación. Arrêts du 22 Juin 1972, pág. 6 y ss.

947

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

El estudio del derecho de reparación individual del Convenio europeo de derechos humanos nos ha impuesto el previo análisis de los principios básicos del sistema de protección convencional en los que la reparación se sustenta. La técnica jurídica reparatoria no esclarece, por sí sola, el fundamento y el contenido, el alcance y la exigibilidad del derecho de reparación, objetivo final de nuestra investigación.

Enunciaremos de modo muy sintético las conclusiones esenciales que se decantan del estudio realizado.

PRIMERA

EL SISTEMA JURIDICO DE LA PROTECCION INDIVIDUAL Y DEL DERECHO DE REPARACION DEL CONVENIO.

- A. El sistema de garantías y de protección del Convenio confiere derechos a los individuos, en el orden jurídico internacional, frente a sus propios Estados. El sistema de ejecución del Convenio se refuerza singularmente con la legitimación activa del particular lesionado ante un órgano internacional. El acceso de la víctima ante una instancia de control internacional implica que la persona humana se eleva con cierta relatividad, a la categoría de sujeto activo del ordenamiento europeo.

- a) La regulación del derecho de recurso individual y de la reparación sobrepone la dignidad del hombre a la clásica omnipotencia del Estado. Sin embargo, aun hoy, el margen de libertad estatal se evidencia y consolida mediante las cláusulas facultativas.
 - b) La regulación de las cláusulas responde a una cautela excesiva. Los Estados pueden obligarse en la medida en que lo estimen oportuno y se les permite desvincularse posteriormente. La plena consagración del humanismo jurídico europeo requiere la jurisdicción obligatoria del Tribunal y la legitimación activa internacional, sin restricciones, de la persona humana frente a los posibles comportamientos arbitrarios de los Estados. A efectos de la necesaria ampliación del ámbito "ratione materiae" del Convenio la aceptación de las cláusulas debería extenderse "per se" a los Protocolos, en aras de no paralizar o debilitar la evolución progresiva del sistema.
 - c) La estructura tutelar del sistema en razón de la condición humana del lesionado tiende a realizar el principio de universalidad de los beneficiarios. Este principio de aplicación general ha demostrado su especial significación y favorece sin duda la mejor protección de la víctima. Se puede afirmar que el sentido de eficacia del Convenio desborda los límites tradicionales de protección en el momento de la ejecución del Convenio.
- B. La primacía del sistema jurídico europeo de garantía colectiva se realiza mediante el establecimiento del orden públi

co comunitario impulsa el acrecentamiento de la conciencia europea favorable al fenómeno histórico-jurídico-político de carácter integrador. El dinamismo del principio, a los efectos de la protección acrecienta el perfeccionamiento de los principios democráticos y la armonización legislativa de los criterios humanitarios perseguidos por los órganos de Estrasburgo.

SEGUNDA

PRESUPUESTOS JURIDICOS DE LA ACCION Y DEL DERECHO DE REPARACION.

- A. El margen de actuación reservado a las autoridades estatales pone de manifiesto la trascendencia jurídica de la regla del agotamiento previo de los recursos internos en el ejercicio de la protección-reparación del Convenio. La interpretación excesivamente rígida de la regla del art. 26 pondría en riesgo el buen funcionamiento del sistema.
- a) La inadmisibilidad de la reclamación de reparación, en base de la interdependencia del art. 13 -derecho a un recurso efectivo- con otra infracción del Título I, no nos parece conforme a la mayor utilidad de dicho artículo en función del espíritu del Convenio.
- b) La interpretación de la regla por el Tribunal es criticable cuando reexamina a instancia estatal la admisibilidad de las demandas, reexamen que no le es dable solicitar a los individuos, acentuándose por tanto la desigualdad procesal de las partes.

- B. La interpretación reciente de los órganos europeos en favor de una distribución más equitativa de la carga de la prueba entre las partes en el litigio, introduce una concepción innovadora. Esta flexibilidad interpretativa faculta el examen de fondo de la reclamación reparatoria.
- C. La interconexión del agotamiento y de la reparación ha llevado a los órganos de control a la clarificación "ex officio" de la efectividad del agotamiento o de la existencia de circunstancias especiales eximentes. La apreciación equitativa de las excepciones razonables y la división del procedimiento en dos fases -problema de la violación y problema de la reparación- eximen a la víctima de la carga del agotamiento en la fase última. Dicha exención no solo beneficia a la parte lesionada sino que evita una interpretación restrictiva de la facultad compensatoria que le confiere al Tribunal el art. 50.

TERCERA

EJECUCION DEL DERECHO DE REPARACION.

- A. Afirmamos la existencia de una interrelación directa y no excluyente entre los principios básicos (art. 5-5 y art. 50) del derecho de reparación del Convenio. El art. 5 (5) "lex specialis" protege, de modo específico, a la víctima de una infracción atentatoria a la libertad o a la seguridad de las personas. Pero, como esta protección ha de materializarse procesalmente en el ámbito interno, puede suceder que la reparación estatal no resulte equi-

tativa. Y es razonable, entonces, que la víctima pueda apelar a la compensación genérica del art. 50 "lex generalis" -contrariamente a las tesis estatales. La distinción de la "lex specialis" y la "lex generalis" no ha de servir de fundamento para debilitar la protección sino, reforzarla, ni disminuir la reparación que ha de ser plena.

a) El objetivo de la efectividad y de la plenitud de la reparación requiere una mejor coordinación de los ordenamientos interno e internacional. Porque, la voluntad estatal continua aún siendo muy relevante en el sistema reparatorio. Y aunque los Estados tienen deber de vigilar el "orden público europeo", muestran a veces, un interés, si bien legítimo, un tanto excesivo en resaltar el carácter subsidiario del sistema europeo frente al nacional.

B. En la ejecución del derecho de reparación se consagra un nuevo método de exigibilidad de la responsabilidad estatal. La persona física o jurídica lesionada obtiene un derecho subjetivo a la reparación, desde que se dicta la sentencia confirmatoria de la violación. Este derecho no es un derecho subjetivo interno porque se asienta en una decisión internacional y en el propio Convenio. Se ejerce además, una fiscalización directa sobre los términos de los arreglos amistosos que pudieran poner término al litigio.

a) Estos últimos son valorados conforme a criterios objetivos y confirmados, únicamente, si revisten carácter equitativo y humanitario. La conciliación resulta pre-

ferible a la prolongación excesiva del procedimiento, siendo ésta una de las críticas formulables contra el sistema.

- b) La reparación es debida directamente al individuo, porque el derecho de reparación, directa y personal, está en íntima relación con el sistema de protección individual.
 - c) El interés humano de la reparación explica la presencia indirecta del individuo ante el Tribunal y su participación directa en el procedimiento ante la Comisión.
- C. La regulación vigente del contenido y la ejecución del derecho de reparación del art. 50 son perfectibles y no responden de modo satisfactorio a las situaciones contempladas por la protección efectiva de la persona humana. Continúan reflejándose las deficiencias de la antigua base arbitral en que se inspira. Precisamente la jurisprudencia europea ha tratado, merced a la equidad, de colmar lagunas y cooperar al desarrollo progresivo del derecho de reparación.

CUARTA

APLICACION DEL DERECHO DE REPARACION POR LOS ORGANOS DE CONTROL DEL CONVENIO.

- A. La jurisprudencia del Tribunal europeo ha interpretado las cuestiones relativas al derecho de reparación conforme a criterios de oportunidad y flexibilidad. Esta cir

cunstancia imposibilita la formulación de criterios categóricos sobre el ejercicio del derecho de reparación y su contenido. Es posible enunciar, sin embargo, líneas generales. Entendiendo que se ha clarificado más el alcance del derecho de la parte lesionada que las bases de la reparación. El Tribunal pondera estas últimas en cada caso concreto, absteniéndose de enunciar criterios firmes que pudieran limitar su libertad discrecional y de decisión equitativa.

- a) Los poderes del Tribunal se circunscriben a conceder una compensación equitativa a la "parte lesionada", sinónimo de víctima de la infracción y de la imperfección de la reparación interna. Esta es enjuiciada por el Tribunal con absoluta discrecionalidad, pues tiene plena libertad para valorar la perfección, proporcionalidad o equidad de la reparación interna.
- b) El Tribunal puede calificar jurídicamente de modo diferente los hechos aducidos por el interesado, definir libremente las violaciones alegadas y evaluar de modo discrecional el contenido de la indemnización solicitada. Es más, puede considerarse facultado, incluso para conceder la indemnización "ex officio".
- c) Nos parece razonable afirmar que es posible la formulación de la cuestión de la reparación en cualquier momento del procedimiento, tanto en la fase escrita como durante la celebración de la vista oral.
- d) Estimamos progresiva la tendencia del Tribunal al admitir la reclamación sin haberse aún consumado el acto

posible concreto; prevaleciendo, para ello, la "vítima potencial" del riesgo de sufrir directamente sus efectos.

- B. Las sentencias declarativas de la violación no tienen forzosamente que determinar, ni atribuir, al mismo tiempo y de modo concreto la indemnización posible. El Tribunal puede reservar en una primera sentencia simplemente el derecho eventual de pedir la compensación.
- a) El Tribunal analiza de manera pragmática el modo de materializar la reparación. De no ser posible la "restitutio in integrum" concede la compensación pecuniaria que estime adecuada, procurando, evaluar al mismo tiempo el perjuicio moral. Requiere, en todo caso, el nexo de causalidad, y admite el carácter directo o indirecto, próximo o remoto del daño. Al determinar los perjuicios y pérdidas, pondera los gastos y costas que hubiese afrontado el reclamante en el curso de los procedimientos en defensa de su causa.
 - b) Las condiciones determinantes de la atribución de la suma de la indemnización y de las costas giran en torno a tres principios bien reconocidos: la efectividad, la necesidad y el carácter razonable de los elementos integrantes de la reparación. Habida cuenta de si la habido o no, judicialmente, asistencia gratuita.
- C. No existe a nuestro entender diferencia substancial entre la obligación de reparar dimanante de la decisión del Comité de Ministros y la derivada de la sentencia del Tribunal, salvo las desemejanzas de carácter procesal y de facultades de los dos órganos de control.

a) Nos parece certera la posibilidad de que se atribuya al Tribunal una cierta facultad de vigilancia sobre el comportamiento de las autoridades nacionales llamadas a abonar la indemnización.

D. Entendemos finalmente que el Tribunal viene actuando con circunspección en la concesión de la reparación, cautela que contrasta con la abundancia de interpretaciones certeras en el plano jurídico que han sido objeto de nuestra investigación.

a) No nos parece muy certero el criterio de alguna decisión del Tribunal que admite por un lado el carácter defectuoso del procedimiento interno y declara después como suficiente compensación el hecho de que el Estado sea obligado a modificar sus disposiciones legales. Creemos que el supuesto de una infracción positiva del Convenio debiera interpretarse más objetivamente como causa de daño-material o moral- para los afectados.

b) Nos parece asimismo discutible que se haya establecido la concesión de una compensación simbólica en materias de privación de libertad, estimándose como suficiente la sentencia declarativa de la violación. Este criterio válido para los Estados resulta más polémico tratándose de individuos. No resulta muy satisfactorio equiparar la simple declaración de la violación a una satisfacción equitativa para el individuo, después de habersele reconocido la condición de parte perjudicada.

957

A N E X O

RELACION DE SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS. (1960-1982).

LAWLESS	14.11.1960	7.4.1961	1.7.1961
DE BECKER			27.3.1962
"LINGUISTIQUE BELGE"		9.2.1967	23.7.1968
WEMHOFF			27.6.1968
NEUMEISTER	27.6.1968	7.5.1974	: Art. 50
STOGMULLER			10.11.1969
MATZNETTER			10.11.1969
DELCOURT			17.1.1970
DE WILDE, OOMS ET VERSYP	18.11.1970	18.6.1971	10.3.1972: Art. 50
RINGEISEN	16.7.1971	22.6.1972	: Art. 50 23.6.1973
GOLDER			21.2.1975
SYNDICAT NATIONAL DE LA			
POLICE BELGE			27.10.1975
SCHMIDT ET DAHLSTROM			6.2.1976
SYNDICAT SUEDOIS DES			
CONDUCTEURS DES LOCOMOTIVES			6.2.1976
ENGEL ET AUTRES	8.6.1976	23.11.1976	: Art. 50
KJELDEN, BUSK MADSEN ET PEDERSEN			7.12.1976
HANDYSIDE			7.12.1976
IRLANDE CONTRE ROYAUME-UNI			18.1.1978
TYRER			25.4.1978
KÖNIG	28.6.1978	10.3.1980	: Art. 50
KLASS ET AUTRES			6.9.1978
LUEDICKE, BELKACEM ET KOC	28.11.1978	10.3.1980	: Art. 50
SUNDAY TIMES	26.4.1979	6.11.1980	: Art. 50
MARCKX			13.6.1979
AIREY	9.10.1979	6.2.1981	: Art. 50
WINTERWERF	24.10.1979	27.11.1981	: Art. 50
SCHIESSER			4.12.1979

DEWEER		27.2.1980
ARTICO		13.5.1980
GUZZARDI		6.11.1980
VAN OOSTERWIJCK		6.11.1980
BUCHHOLZ		6.5.1981
LE COMPTE, VAN LEUVEN		
ET DE MEYERE	23.6.1981	18.10.1982 : Art. 50
YOUNG, JAMES ET WEBSTER	13.8.1981	18.10.1982 : Art. 50
DUDGEON		22.10.1981
X CONTRE ROYAUME-UNI	5.11.1981	18.10.1982 : Art. 50
CAMPBELL ET COSANS		25.2.1982
ADOLF		26.3.1982
VAN DROOGENBROECK		24.6.1982
ECKLE		15.7.1982
SPORRONG ET LONNROTH		23.9.1982
PIERSACK		1.10.1982
FOTI ET AUTRES		10.12.1982
CORIGLIANO		10.12.1982

960

FUENTES DOCUMENTALES Y BIBLIOGRAFICAS.

I. DOCUMENTACION BASICA RELATIVA AL CONVENIO
EUROPEO DE D.H.

II. BIBLIOGRAFIA.

I. FUENTES DOCUMENTALES

DOCUMENTACION BASICA RELATIVA AL CONVENIO EUROPEO DE D.H.

Textos Fundamentales:

Recueil des Textes: en el que figura el Convenio sus Protocolos adicionales su estado de ratificación y las Reglas de procedimiento de los órganos: Reglamentos del Tribunal y de la Comisión y Reglas de procedimiento relativas a la aplicación de los arts. 32 y 54 por el Comité de Ministros. Última edición, Estrasburgo 1981.

"Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Commission et la cour européennes des Droits de l'Homme". (Acuerdo europeo relativo a las personas que participan en los procedimientos ante la Comisión y el Tribunal europeos de Derechos Humanos) Estrasburgo 1969.

Documentación básica relativa a textos Internacionales sobre D.H. Les Droits de l'Homme en Droit International: Textes de base, Doc. H (79) 4:

Convenio sus protocolos, Carta social europea. Acuerdo europeo... Reglamentos, Convención americana de Derechos Humanos, Declaración universal de Derechos del Hombre. Pactos. Declaración de Naciones Unidas y la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial y el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

2. Colecciones de Documentos.

Basic Documents on Human Rights. Oxford, 2° ed. 1981.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: "Textos básicos de Naciones Unidas", Madrid, 1982.

HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J.M.: "Textos Internacionales de Derechos Humanos", Pamplona 1978.

MIEHSLER, H., PETZOLD, H.: "European Convention on Human Rights" Texts and Documents, "Convention européenne des Droits de l'Homme. Textes et documents, "Europäische Menschenrechts Konvention", Texte und Dokumente. M. I, II, Colonia 1982.

"Human Rights Problems, Perspectives and Textes", Durham, 1979.

PECES BARBA MARTINEZ, G.: "Textos Básicos sobre derechos humanos" Madrid, 1973.

PETZOLD, H.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme. The European Convention on Human Rights" Récueil pour les étudiants en droit international des droits de l'homme. Colonia 1981, 4° ed.

"The International Bill of Rights The Covenant on Civil and Political Rights", Nueva York 1981.

TRUYOL Y SERRA, A.: "Los derechos humanos" Madrid, 1982, 3° ed.

VITTA, E. y GREMENTIERI, V.: "Codice degli atti internazionali sui diritti dell'Uomo", Milan 1981.

TRUYOL Y SERRA, A.: "Los Derechos Humanos". Madrid, 1979.

PUBLICACIONES RELATIVAS AL CONVENIO EUROPEO.

I. ANNUAIRE DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. YEARBOOK OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS.

Esta publicación oficial ha sido preparada por la Dirección de Derechos Humanos y contiene los textos fundamentales, ratificaciones, declaraciones relativas a las cláusulas facultativas (arts. 25 y 46). Junto a la información de carácter general incluye la práctica del Convenio, las decisiones más importantes aprobadas por la Comisión, por el Tribunal o por el Comité de Ministros. Una selección de las decisiones aprobadas por los Tribunales nacionales de Estados Partes relativas al Convenio y debates parlamentarios al respecto.

Y en general da noticia de la actividad del Consejo de Europa en materia de derechos humanos. Por último incluye una selección de bibliografía relativa al Convenio. Volúmenes: los años 1955 - a - 1959 fueron comprendidos en dos volúmenes I y II. Pero desde 1960 se publica anualmente. En 1982 han aparecido 22 volúmenes. A final del año 1982 aparecen los volúmenes 23 y 24. Se publica por Martinus Nijhoff, La Haya, Países Bajos y es bilingüe.

II. RECUEIL DES TRAVAUX PREPARATOIRES DE LA CONVENTION EUROPEENNE DROITS DE L'HOMME. COLLECTED EDITION OF THE TRAVAUX PREPARATOIRES.

Volúmen I: Commission Preparatoire du Conseil de l'Europe,

Comité des Ministres, Assemblée Consultative 11 Mai - 8 Septembre 1949. - Preparatory Commission of the Council of Europe, Committee of Ministers, Consultative Assembly 11 May - 8 September 1949. La Haya, 1975.

Volúmen II: Assemblée Consultative. Deuxième session du Comité des Ministres. Commission Permanente de l'Assemblée 10 Août - 18 Novembre 1949. Consultative Assembly, Second session of the Committee of Ministers, Standing Committee of the Assembly 10 august - 18 November 1949. La Haya 1975.

Volúmen III: Comité d'Experts. 2 Février - 10 Mars 1950. Committee of Experts. 2 February - 10 March 1950, La Haya 1976.

Volúmen IV: Comité d'Experts. - Comité des Ministres. Conference de Hauts Fonctionnaires 30 Mars - Juin 1950. Committee of Experts - Committee of Ministers Conference of Senior officials 30 March - June 1950. La Haya, 1977.

Volúmen V: Commission Juridique - Comité Mixte ad hoc - Comité des Ministres. Assemblée Consultative 23 Juin - 28 Août 1950.

Legal Committee -ad hoc Joint Committee - Committee of Ministers - Consultative Assembly - 23 June - 28 August 1950. La Haya 1979.

Sin aparecer los volúmenes VI a VIII que se refieren: Vol. VI "Assemblée Consultative Deuxième session de l'Assemblée Consultative 7-28 août 1950. Documents établis par le Secrétariat Général (septembre-octobre 1950).

Vol. VII: Commission Permanente de l'Assemblée Consultative Comité d'Experts, Comité des Ministres, Commission Juridique

(3 novembre 1950 - 15 mai 1951).

Vol. VIII: Assemblée Consultative, Comité d'Experts, Comité des Ministres, Commission Juridique. Conseillers des Ministres (1 octobre 1951 - 20 mars 1952).

PUBLICACIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Séries A-Arrêts et Décisions - Judgment and Décisions: Texto de las sentencias y decisiones del Tribunal. Una relación de las mismas se incluye en el anexo.

Série B - Mémoires, Plaidoiries et Documents - Pleadings, Oral Arguments, Documents.

En ellas se incluye las memorias de las Partes, documentación, vistas y el Informe de la Comisión sobre el asunto.

Una relación de los asuntos se incluye en el anexo.

Información complementaria.

Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Sobre cada caso el Secretario del Tribunal publica comunicados que son extractos de las sentencias y resúmenes de las vistas. Estos resúmenes preparados por la Secretaría no vinculan al Tribunal.

Notes d'informations redigées par le greffe de la Cour.

En éstas se pone en conocimiento de la prensa y del público de los asuntos, los hechos de la causa, el procedimiento ante la Comisión, y del procedimiento celebrado hasta la elevación

del asunto ante el Tribunal.

Asimismo se prepara una nota informativa.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme: son organisation et son fonctionnement, que se refiere a las sentencias dictadas por el Tribunal (54 sentencias hasta septiembre de 1982), es decir respecto de la función contenciosa del Tribunal, ya que el Protocolo adicional que le confiere competencia para emitir opiniones consultivas no ha sido todavía aplicado.

PUBLICACIONES DE LA COMISION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.

- 1) Recueil des Décisions de la Commission Européenne des Droits de l'Homme - Collection of Decisions - Publicación preparada por la Secretaría de la Comisión y que comprende una selección de las decisiones de este órgano, en su versión original (francesa o inglesa) con una introducción relativa a las cuestiones de hecho y de derecho suscitadas y que es más amplia que la del Annuaire. En 1982 se han publicado 46 volúmenes, que se refieren al período de 1960 a 1974, y su ventaja es la aportación al público de la actividad previamente a su publicación en el Anuario.
- 2) Décisions et Rapports. Decisions and Reports.
 Contiene decisiones sobre admisibilidad de los asuntos o resúmenes de las mismas y de los informes de la Comisión cuya publicación se ha autorizado, y que no han sido elevados ante el Tribunal. Ha sustituido a la publicación anteriormente citada. Se ha publicado desde 1975 y en la actualidad han aparecido 23 volúmenes.
- 3) Décisions et rapports. Sommaires et Index n°s. 1-20.

- 4) Commission Européenne des Droits de l'Homme. Compte Rendu Annuel. Annual Review - 1981. Estrasburgo 1982.

En el que figura la actividad anual de la Comisión, adjuntándose estadísticas.

- 5) Repertoire de la jurisprudence de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Case Law Tapies.

En el que se incluyen extractos de las decisiones de la Comisión y del Tribunal, publicados o no. Se agrupan por materias. El último aparece a final de 1982 y cubre 1955 a 1980.

- 6) "Bilan de la Convention européenne des Droits de l'Homme"
Stock-taking on the European Convention on Human Rights:
Se trata de una nota anual sobre la aplicación del Convenio.

PUBLICACIONES DEL COMITE DE MINISTROS

- 1) Décisions prises par le Comité des Ministres conformément à l'article 32 de la Convention.

Recueil des Résolutions du Comité des Ministres adoptées en application de l'article 32 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. Doc. H (81) 4. Reproduce las decisiones del Comité desde abril 1959 a diciembre de 1981.

Doc. H (81) 5 reproduce las resoluciones aprobadas desde 1976 a 1981, y las normas de procedimiento para la aplicación del artículo 54.

- 2) Recueil des Résolutions du Comité des Ministres adoptées conformément a l'article 54 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. (surveillance par la Comité des Ministres de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme). Y en los que figura la decisión del Comité y la información que le hubiesen presentado los Estados sobre las medidas adoptadas a raíz de la constatación de la/s violacion/es del Convenio, 1976-1981. Estrasburgo 1981.

INFORMES RELATIVOS A LOS DERECHOS HUMANOS.

(Dossiers sur les Droits de l'Homme).

- n° 1. Introduction à la Convention européenne des droits de l'homme: les droits garantis et le mecanisme de protection (1978).
- n° 2. La présentation d'une requete a la Commission européenne des droits de l'homme (1978).
- n° 3. Aperçu de la position du requérant individu el devant la Cour européenne des droits de l'homme (1978).

- n° 4. Le droit à la liberté et les droits des détenus garantis par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme.
- n° 5. Les conditions de la détention et la Convention européenne des droits de l'homme (1981).

PUBLICACION RELATIVA A LA PRACTICA DEL CONVENIO EN EL AMBITO INTERNO.

- 1) Recueil des décisions des tribunaux nationaux. Se référant à la Convention européenne des Droits de l'Homme. Collection of décisions of national courts referring to the Convention.
Se trata de una selección de resúmenes cronológicos de las sentencias dictadas por los tribunales internos.

OTRAS PUBLICACIONES DEL CONSEJO.

Conseil de l'Europe:

"Bulletin d'information sur les activités Juridiques au sein du Conseil de l'Europe et dans les Etas Membres. - Bulletin d'information de la Direction des Affaires Juridiques du Conseil de l'Europe. Estrasburgo 1982. N° 14.

Conseil de l'Europe Forum. 4/82.

Conseil de l'Europe. "Activités du Conseil de l'Europe dans le Domaine des Droits de l'Homme au cours de l'anne 1982. Doc. H (83) 1". Estrasburgo 25 de enero de 1983.

Conseil de l'Europe. Droits de l'Homme. Feuille d'Information.

H/Inf. (82) 1, Vol. 1, n° 11.

Direction des Droits de l'Homme. Estrasburgo 7 de octubre de 1982.

Idem. vol. II; H/Inf.(82) 1, Nations Unies.

Idem. vol. III; H/Inf.(82) 1, Organisation des Etats Americains.

Conseil de l'Europe - Catalogue des publications 1982.

Relativos i) Tratados y Convenios europeos; II) Asamblea parlamentaria a) actas oficiales b) otros documentos; III) Actas oficiales de Conferencias; IV) Derechos Humanos.

Información complementaria.

Communiqués du Secrétaire de la Commission européenne des Droits de l'Homme.

En los que pone en conocimiento del público los hechos de la causa controvertida y los argumentos de las partes.

II. BIBLIOGRAFIA

I. Obras Generales.

- A) Tratados generales.
- B) Cursos publicados en el Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye.

II. Obras relativas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

- A) Obras relativas a la Protección Internacional de los Derechos Humanos:
 - a) Monografías.
 - b) Artículos.
- B) Obras relativas a la Protección de los derechos humanos en el sistema europeo:
 - 1) a) Monografías.
 - b) Artículos.
 - 2) Obras relativas a los Derechos y libertades garantizados y sus restricciones.
 - a) Monografías.
 - b) Artículos.
 - 3) Obras relativas a la regla del agotamiento previo de los recursos internos:
 - a) Monografías.
 - b) Artículos.

III. Obras complementarias:

- a) Monografías.
- b) Artículos.

II. BIBLIOGRAFIA

I. Obras Generales.

A. Tratados generales.

AGUILAR NAVARRO, M.: Derecho internacional público, t. I, vol. II, Madrid, 1952.

BALLADORE-PALLIERI, G.: Diritto Internazionale Pubblico, 8 ed. Milán 1962.

AKEHURST, M.A.: A Modern Introduction to International Law, 2 ed., Londres 1982 (Traducción castellana y notas de M. Medina, Madrid 1979), t. II, vol. 1, Madrid 1954.

BROWNLIE, I.: Principles of Public International Law, 3 ed., Oxford, 1979.

CALVO, Ch.: Le Droit international théorique et pratique, vol. II, París, 1880.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: Soberanía del Estado y Derecho internacional, 2 ed., Madrid, 1976.

CAVARE, L.: Le Droit international public positif, t. II, 5 ed., París, 1969.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: Instituciones de Derecho internacional público, t. I, 6 ed., Madrid, 1982, t. II, 5 ed., Madrid, 1981.

EUSTATHIADES, C.: Etudes de Droit International, Atenas 1977.

FAUCHILLE, P.: Traité de Droit international public, t. I, 3 parte, París, 1922.

FAVRE, A.: Principes du droit des gens, Friburgo, 1974.

FERNANDEZ FLORES, J.L.: Derecho Internacional Público, T. I, Madrid 1980.

GONZALEZ CAMPOS, J.D. y SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I.: Curso de Derecho internacional público, vol. I, Oviedo 1980, vol. II, Oviedo 1981.

GRZYBOWSKI, K.: Soviet Public International Law, Leiden, 1970.

GUGGENHEIM, P.: Traité de Droit international public, t. II, Ginebra, 1954.

JIMENEZ DE ARECHAGA, E.: El Derecho internacional contemporáneo, Madrid, 1980.

KOROVIN, Y.A. (ed.): Derecho internacional público, México, 1963.

L'HUILLIER, J.: Eléments de Droit international Public, París, 1950.

MANIN, Ph.: Droit international public, París-Nueva York-Barcelona-Milán, 1979.

MIAJA DE LA MUELA, A.: Introducción al Derecho internacional público, 7 ed., Madrid, 1979.

MIELE, M.: Diritto Internazionale, 3 ed. Padua, 1972.

MONACO, R.: Manuale di diritto internazionale pubblico, Turín 1971.

MORELLI, G.: Nozioni di Diritto Internazionale. 7 ed. Padua 1967.

OLIVART, M. de: Tratado y notas de Derecho internacional público, t. II, Madrid, 1887.

OPPENHEIM, L.: Tratado de Derecho internacional público, t. II, vol. II, Barcelona, 1967.

OPPENHEIM, L.: International Law. Treaties, 7 ed., Londres-Nueva York-Toronto, 1952.

PATEL, S.R.: A Textbook of International Law, Londres, 1964.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: Lecciones de Derecho Internacional Público, I, Concepto, fuentes y relaciones con los Derechos Internos, Madrid, 1981.

PODESTA COSTA, L.A.: Derecho internacional público, 4 ed., t. II, Buenos Aires, 1961.

QUADRI, R.: Diritto internazionale pubblico, 4 ed., Palermo, 1963.

QUOC DINH, N.: Droit international public, 2 ed., París, 1980.

REMIRO BROTONS, A.: Derecho internacional público - 1. Principios fundamentales, Madrid 1983.

REMIRO BROTONS, A.: Lecciones de Derecho Internacional Público, vol. I (Formación de normas y obligaciones Internacionales), Murcia, 1981.

REUTER, P.: Droit international public, 5 ed., París, 1976.

REUTER, P.: Derecho internacional público, Barcelona, 1978.

RIQUELME, A.: Elementos de Derecho público internacional. t. I, Madrid, 1849.

ROUSSEAU, Ch.: Droit international public, 9 ed., París, 1979.

RUZIE, D.: Droit international public, 2 ed., París, 1975.

SCHERMES, H.G.: International Institutional Law, vol. I, Leiden, 1972.

SEARA VAZQUEZ, M.: Derecho internacional público, 6 ed., México, 1976.

SERENI, A.P.: Diritto internazionale, t. IV, Milán, 1965.

SIBERT, M.: Traité de Droit international public, París, 1951.

SIERRA, M.J.: Derecho internacional público, 3 ed., México, 1959.

SØRENSEN, M. (ed.): Manual de Derecho internacional público, México, 1973.

STARKE, J.G.: Introduction to International Law, 6 ed., Londres, 1967.

THIERRY, H. COMBACAU, J. SUR, S. y VALLEE, Ch.: Droit international public, 2 ed., París, 1979.

TORRES CAMPOS, M.: Elementos de Derecho internacional público, 3 ed., Madrid, 1912.

TRIAS DE BES, J.M.: Derecho internacional público y privado (Obra ajustada al programa de oposiciones de 30 de marzo de 1926 para la práctica del segundo ejercicio al cuerpo de aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal), Madrid, 1926.

TRUYOL Y SERRA, A.: Fundamentos de Derecho internacional público, 4 ed., Madrid, 1977.

VERDROSS, A.: Derecho Internacional Público, Madrid, 1976.

VON GLAHN, G.: Law Among Nations. An Introduction to Public International Law, 2 ed., Londres, 1970.

B) Cursos publicados en el Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye.

AGO, R.: "Le délit international", en RCADI, t. 68 (1939-II), pp. 419-554.

BASDEVANT, J.: "Regles générales du droit de la paix" RCADI, t. 58 (1936-IV), pp. 475-691.

BOURQUIN, M.: "Regles du droit de la paix" RCADI, t. 35, (1931-I), pp. 5-229.

BRIERLY, J.L.: "Regles générales du droit de la paix" RCADI, t. 58 (1936-IV), pp. 5-237.

CASSIN, A.: "Les droits de l'homme" en RCADI (1974-IV), 140, pp. 321-332.

CASSIN, A.: "La déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'Homme" en RCADI, t. 79 (1951-II) pp. 237-367.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: "La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires" en RCADI, t. 141 (1974-I), pp. 87-186.

DONNER, A.: "Les rapports entre la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes et les tribunaux internes" en RCADI, t. 115 (1965-II) pp. 1-61.

DUMAS, J.: "La sauvegarde internationale des l'Homme" en RCADI, t. 59 (1937-I), pp. 1-97.

DUPUIS, Ch.: "Regles générales du droit de la paix" RCADI, t. 32 (1930-II), pp. 5-289.

EAGLETON, C.: "International organization and the law of responsibility" en RCADI, t. 76 (1950-I) pp. 319-425.

ERMACORA, F.: "Human rights and domestic jurisdiction (art. 2 y 7 of the Charter) tome 124 en RCADI (1968-II) volume 124, pp. 371-451.

EUSTATHIADES, C. Th.: "Moyens de mise en oeuvre en matière de droits de l'homme et la subjectivité internationale de l'individu: évolutions réalisées par les nouvelles règles et par les mesures spéciales de mise en oeuvre" en RCADI, t. 84, 1953, III, pp. 591-600.

FEINBERG, N.: "La pétition en droit international", en RCADI, t. 40 (1932-II) pp. 525-644.

FRANÇOIS, J.P.A.: "La Cour Permanente d'arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir", en RCADI, t. 87 (1955-I) pp. 461-548.

FRANÇOIS, J.P.A.: "Règles générales du droit de la paix" en RCADI, t. 66 (1938-IV), pp. 5-291.

FRIEDMANN, W.: "General Course ou Public International Law", RCADI, t. 127 (1969-II), pp. 39-246.

GOLSONG, H.: "Implementation of international protection of human rights" en RCADI, t. 110 (1963-III) pp. 7-151.

GROS ESPIELL, H.: "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme" RCADI, t. 145 (1975-II) pp. 1-56.

GROSS, L.: "The International Court of Justice and the United Nations", en RCADI, t. 120 (1967-I), pp. 313-440.

GUGGENHEIM, O.: "La validité et la nullité des actes juridiques internationaux" en RCADI, t. 74 (1949-I), pp. 191-268.

GUGGENHEIM, P.: "Les principes de droit International Public" en RCADI, t. 80 (1952-I), pp. 1-189.

HAMBURGER, E.: "Droits de l'Homme et relations internationales" t. 97 (1959-II), pp. 293-429.

KAUFMANN, E.: "Regles générales du droit de la paix", en RCADI, t. 54 (1935-IV) pp. 313-615.

Le FUR, L.: "Regles générales du droit de la paix", RCADI, t. 54 (1935-IV), pp. 5-307.

MANDELSTAM, A.N.: "La protection internationale des Droits de l'Homme" en RCADI, t. 38, (1931-IV), pp. 125-232.

MONACO, R.: "Cours général sur les principes de droit international public" RCADI, t. 125 (1968-III) pp. 93-336.

MOSLER, H.E.H.: "The International Society as a Legal Community", RCADI, t. 140, (1974-IV), pp. 1-320.

MIRKINE GUETZEVICH, B.: "Quelques problemes de la mise en oeuvre de la Declaration universelle des droits de l'Homme" en RCADI, t. 83, (1953-II), pp. 255-376.

PARRY, C.: "Some considerations upon the Protection of Individuals in International Law". RCADI, t. 90 (1956-II), pp. 656-726.

POLITIS, N.S.: "Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux" en RCADI, t. 6 (1925-I), pp. 1-121.

RIPHAGEN, W.: "National and international regulation of international movement and the legal position of the private individual" en RCADI, t. 131 (1970-III), pp. 489-620.

ROBERTSON, A.H.: "Legal problems of European integration", en RCADI, t. 91 (1957-I), pp. 105-211.

ROLIN, H.: "Les principes de Droit international public" en RCADI, t. 77 (1950-II), pp. 305-479.

SALVIOLI, G.: "Les regles générales de la paix" RCADI, t. 46 (1933-IV), pp. 1-164.

SALVIOLI, G.: "La responsabilité des Etats et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux" en RCADI, t. 28 (1929-III), pp. 231-289.

SALVIOLI, G.: "Problèmes de procédure dans la jurisprudence internationale" en RCADI, t. 91 (1957-I), pp. 553-617.

SCELLE, G.: "Regles générales du droit de la paix" RCADI, t. 46 (1933-IV), pp. 331-697.

SEFERIADES, S.: "Principes généraux du droit international de la paix" RCADI, t. 34 (1930-IV), pp. 181-489.

SEFERIADES, S.: "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales" en RCADI, t. 51 (1935-I), pp. 1-120.

SØRENSEN, M.: "Le Conseil de l'Europe", en RCADI, t. 81 (1952-II) pp. 117-220.

SØRENSEN, M.: "Principes de Droit International Public" RCADI, t. 101 (1960-I), pp. 1-254.

SCHREIBER, M.: "La pratique récente des Nations Unies dans le domaine de la protection des droits de l'homme" en RCADI, t. 145 (1975-II), pp. 297-398.

SPERDUTI, G.: "L'individu et le droit international" en RCADI, t. 90 (1956-II), pp. 727-849.

SPIRODOULOS, J.: "L'individu et le droit international" en RCADI, t. 30 (1924-V), pp. 191-270.

VASAK (KAREL): "Conténu et délimitation du Droit International des Droits de l'Homme", RCADI, t. 140 (1973-III), pp. 343-415.

VERDROSS, A.: "Regles générales du droit de la paix", RCADI, t. 30, (1929-IV), pp. 275-507.

VON DER HEYDTE, F.A.: "L'individu et les tribunaux internationaux" en RCADI, t. 107 (1962-III), pp. 297-357.

VISSCHER, Ch. de: "Le Déné de Justice en Droit International" en RCADI, t. 52 (1935-II), pp. 365-442.

VISSCHER, Ch. de: "Cours général de principes de droit international public", RCADI, t. 86 (1954-II), pp. 445-556.

VISSCHER, P. de: "Cours général de droit international public" RCADI, t. 136 (1972-II), pp. 1-202.

WALDOLK, Sir H.: "General course on Public International Law", RCADI, t. 106 (1962-II), pp. 1-251.

II. Obras relativas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

a) Monografías.

ALCALA ZAMORA CASTILLO, N.: "La protección procesal internacional de los derechos humanos", Madrid 1975.

CAPELLETI, M.: "La Jurisdicción Constitucional de la Libertad" Traducción de Fix ZAMUDIO, H., Méjico 1961.

CAPELLETI, M.: "Acces to justice a world survey" Alphen aan den Rijn, 1978 1979, 3 vols.

BRUNET, R.: "La garantie internationale des droits de l'homme d'après la Charte de San Francisco", Ginebra 1947.

CANTRIL, H.: "The Pattern of Human Concerns" New Brunswick, N.J., 1965.

CAREY, John: "U.N. Protection of Civil and Political Rights" Nueva York, 1970.

CASSESE, Antonio (ed.): "Un Law/Fundamental Rights. Two topics in International Law" Alphen aan den Rijn, 1979.

CASTAN TOBEÑAS, J.: "Los derechos del hombre", Madrid 1969.

CUADRA, H.: "La protección internacional de los derechos humanos" Méjico, 1970.

CURCIO, M.: "La dichiarazione dei diritti delle Nazione Unite" Milan 1950.

DOMINGUEZ, J.I. WOOD RYCE, FOLK, R.: (Introducción de Ullman, R.H.): "Enhancing global Human Rights 1980" Project, Council on Foreign Relations. Nueva York 1980.

GIL ROBLES, J.M.: "Los derechos del hombre" Barcelona, 1969.

JIMENEZ DE ARECHAGA, E.: "Derecho constitucional de las Naciones Unidas" (Comentario teórico-práctico de la Carta) Madrid, 1958.

JOYCE, J.A.: "The New Politics of Human Rights" Londres, 1978.

LA CHAPELLE, R.P.: "Déclaration des Droits de l'Homme", París, 1967.

LAUTERPACHT, H.: "International Law and Human Rights" Londres, 1950.

LAUTERPACHT, H.: "L'enseignement des Droits de l'Homme" París, UNESCO, 1980.

LERNER, N.: "The U.N. Convention on the elimination of racial discrimination" Leiden, 1970.

LERNER, N.: "Les Nations Unies et les droits de l'homme" Nueva York, 1979.

MAYER, D., DEMICHEL, A., EHLERMANN, C.D. y VANGHEENBERGHE, F.: "La Protection Internationale des Droits de l'Homme" Lion, 1981.

MELANGES OFFERTS A RENE CASSIN:

Tome I. Problèmes de protection nationale des droits de l'homme, París, 554 p.

Tome II. Le difficile progrès du règne de la justice et de la paix internationales par le droit. Des origines à la Société des Nations, par Jean Graven. Paris 602, pgs.

Tome III. La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées. 326 págs.

Tome IV. Méthodologie des droits de l'homme. 406 págs.

MARIE, J.B.: "La Commission des droits de l'homme de l'O.N.U." Prólogo de Karel Vasař. Paris, 1975.

OBIETA CHALBAUD, J.A.: "El Derecho internacional de la persona humana". Documentos. Bilbao 1974.

PECES BARBA MARTINEZ, G.: "Derechos fundamentales", 3 ed., Madrid 1980.

"The politics of Human Rights". Editado por Paula R. Newberg. Nueva York, 1981, 256 pp.

ROBERTSON, A.H.: "Human Rights in the World", Manchester, 1972, 2 ed. Manchester, 1982.

SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "Teoría y experiencia de los derechos humanos", Madrid 1968.

SCHWELB, E.: "Human Rights and the International Community" Chicago, 1964.

SOCINI, R.: "La protezione internazionale dei diritti dell'uomo" Florencia, 1950.

TARDU, M.E.: "Human Rights: The International Petition System"
Nueva York, 1979.

TRUYOL SERRA, A.: "Los Derechos Humanos" Madrid, 1982, 3 ed.

RUIZ GIMENEZ, J.: "El Concilio Vaticano II y los derechos del hombre", Madrid 1968.

VEENHOVEN, W.A.: "Case studies on human rights and fundamental freedoms . A world survey", La Haya, N.U., 1976, (vol. II-IV).

VELU, J.: "Les Effets Directs des Instruments internationaux en matière des Droits de l'Homme", Bruselas 1981.

VITTA, E., y GREMENTERI, V.: "Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo" 1 vol. Milan 1981.

b) Artículos.

BAY, Ch r: "A Human Rights approach to Transnational Politics", en "Universal Human Rights", Nueva York, 1979, n° 1.

BOBBIO, N.: "Presente y porvenir de los derechos humanos", en ADH, Madrid, 1982, pp. 9-28.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: "La protección de los derechos humanos en Naciones Unidas y en Europa" Mundo Social 1976, pp. 301-333.

CARJEU, P.M.: "Le projet de Déclaration des Nations Unies" en RDIP, 1959, pp. 681-705.

CASSIN, R.: "De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme" en "Mélanges offerts à Polys Modinos", París, 1978. pp. 479-488.

CASSIN, R.: "La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme" La Haya RCADI, 1951.

CASSIN, R.: "Methodologie des Droits de l'Homme", Liber. IV, 1972.

COHEN. M.: "Human Rights, the individual and international law" en René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber. vol. III, 1971, pp. 69-77.

BYSTRICKY, R.: "Quelques remarques sur la revolution scientifique et technique et les droits de l'homme", en "René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, vol. I, París, 1970, pp. 16 y ss.

BUERGENTHAL, T.: "International Human Rights: What research is needed? Coloquio de Viena, UNESCO, septiembre 1978.

CARJEU, P.M.: "Le Projet de la Déclaration des Nations Unies" en RGDIP, 1969, pp. 681 y ss.

CORRIENTE CORDOBA, J.A.: "España y los Convenios Internacionales de protección de los derechos humanos", en ADI, t. III, pp. 129-172.

CHUECA SANCHO, A.G.: "Los derechos humanos protegidos en la Convención americana de San José de 1969" en REDL, 1980, pp. 33-80.

DAS, K.: "Institutions et procédures issues des Conventions relatives aux Droits de l'homme et aux libertés fondamentales" en "Les dimensions internationales des Droits de l'Homme" Nueva York, 1978, pp. 427 y ss.

DECAUX, E.: "La mise en vigueur du pacte international relatif aux droits civil et politiques" en RGDIP, 1980, n° 2, pp. 487-534.

DESJARDINS, A.: "Des normes régionales et universelles pour les droits de la perssone" en: Annuaire Canadien de Droit International, Vol. XVI, 1978.

EVRIGENE, D.: "Droits de l'Homme et Democratie" Ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre la Convención europea de Derechos Humanos celebrado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2-3 noviembre de 1979.

EUSTATHIADES, C.: "La mise en oeuvre des droits de l'homme sur le plan universel et sur le plan européen" en "Mélanges Séfériades" Atenas 1961, t. 2.

FERNANDEZ, E.: "Fundamento de los derechos humanos" en ADH, Madrid 1982, pp. 73-112.

FIX ZAMUDIO, H.: "La protection de los derechos humanos in foro interno" en "Miscellanea en honor de G van der Meersch" Bruselas 1972, t. III, pp. 107-144.

FRASER, D.M. y SALZBERG, J.P.: "Foreign Policy and Effective Strategies for Human Rights", en "Universal Human Rights", New York 1979, n° 1.

GLASER, S.: "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif" en "Mélanges H. Rolin" París 1964, pp. 104-124.

GOLSONG, H.: "Implementacion of international protection of Human Rights" en: International and Comparative Law Quaterly, n° 11, 1965, pp. 38-69.

GLASER, S.: "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif" en Mélanges offerts à Henri Rolin, París, 1964 pág. 104 y ss.

GONZALEZ CAMPOS, J.D.: "La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas", en "ONU, Año XX", Madrid, 1966, pp. 249-285.

GRIEVE, P.: "Conclusions of the Parliamentary Conference on Human Rights" en: RDH, Vol. V, n° 4, 1973, pp. 695 y ss.

GROS ESPIELL, H.: "L'Organisation des Etats Américains (OEA) Institutions régionales de promotion et de protection des droits de l'homme" en, "Les dimensions internationales des Droits de l'Homme", UNESCO 1978, pp. 600-633.

GROS ESPIELL, H.: "Libre determinación de los pueblos y derechos humanos", en ADH, Madrid 1982, pp. 129-146.

JUSTE RUIZ, J.: "La ampliación del ámbito de la protección internacional de los derechos humanos: notas sobre una etapa en tránsito". en "IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (4, 5 y 6 de julio de 1979), Granada 1980, pp. 177-201.

KARTACHIKINE, V.: "Recherches en Matière de Droits de l'Homme"
Comunicación presentada al Coloquio: Viena, UNESCO, septiembre
1978.

LANNUNG, H.: "Human Rights and the multiplicity of european
systems for international protection" en RDH, vol. V, n° 4,
1973, pp. 65 y ss.

LAUTERPACHT, H.: "Problèmes de protection internationales des
Droits de l'Homme" en René Cassin Amicorum Discipulorumque
Liber. París, 1969.

LEVIN LEAH: "Les droits de l'homme: questions et réponses",
comunicación presentada al coloquio de Viena, UNESCO, septiem-
bre 1978.

LISKOFESKY, S.: "Coping with the question of the violation of
human rights and fundamental freedoms", en R.D.H. 4/1975, pp.
883-914.

LLEONART y AMSELEM, A.J.: "Derechos Humanos y Naciones Unidas,
Nuevas Estructuras orgánicas" en Anuario I.H.L.A.D.I., vol. 5,
Madrid 1979, pp. 295-310.

MARCUS-HELMONS, S.: "Réflexions sur une protection efficace
des droits de l'homme" en: RDH, vol. II, n° 2, 1969, pp. 267-
274.

MARINIC, D.: "Les Nations Unies et la protection et promotion
des droits de l'homme", en R. pol. int. n° 721, 1980, pp. 9-12.

MARTINEZ SANSENERONI, L.: "Sobre la Convención Americana de Dere-
chos Humanos y sus antecedentes", en RFEDUC, n° 56, Madrid 1979,
pp. 99-116.

MARTIN, D.H.: "La protección internacional de los derechos esenciales del hombre" en: *Perspectivas del derecho público*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, n° 2, 1969, pp. 37 y ss.

MERTENS, P.: "Le droit à un recours effectif devant l'autorité nationale compétente dans les conventions internationales relatives à la Protection des droits de l'homme" en *R.B.D.I.* 1968, pp. 446-470.

MOCA, G.: "La cooperation des Etats dans le domaine des droits de l'homme" en *Revue Roumaine d'Etudes Internationales*, 1981, n° 4, pp. 349-360.

MORENO LOPEZ, A.: "Los derechos humanos de la solidaridad" en "Las IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (4, 5 y 6 de Julio de 1979), Granada 1980, pp. 33-53.

NEWMAN, F.C.: "Interpreting the Human Rights Clauses of the U.N. Charter" en *RDH*, vol. V, 1972, p. 283.

NOWAK, M.: "The Effectiveness of the Covenant on Civil and Political Rights - stocktaking after the First Eleven Sessions of the UN-Human Rights Committee" en *HRLJ*, vol. 1, 1980, n° 1-4, pp. 136-170.

OPSAHL, T.: "The Protection of Human Rights in the Council of Europe and in the United Nations" *Ann. Eur.* 1978, vol. XXVI, pp. 92-118.

PEREZ VERA, E.: "La Protection d'Humanité en Droit Internationale" en "La protection international des droits de l'homme" Bruselas 1977, pp. 7-30.

PECES BARBA MARTINEZ, G.: "Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución" en RFDUC, n° 2, monográfico, Madrid 1979, pág. 39-90.

PECES BARBA MARTINEZ, G.: "Los derechos fundamentales en el pensamiento español" en ADH, Madrid 1982, pp. 169-253.

PINOL RULL, J.: "Nuevas tendencias en la relación entre el principio de la no intervención en los asuntos internos de los Estados y la defensa de los derechos humanos" en "IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales" (4, 5 y 6 de julio de 1979), Granada 1980, pp. 229-239.

PROCEEDINGS OF THE FIFTH SUMMER CONFERENCE ON INTERNATIONAL LAW. HUMAN RIGHTS: Protection of the individual under International Law, Ithaca, New York, Cornell Law School, Junio 18-20, 1964, 286 p.

QUINTANO RIPOLLES, A.: "La protección de los derechos humanos en lo universal y lo regional. O.N.U. y Consejo de Europa" en REDI, vol. XIV, pp. 537 y ss.

ROBERTSON, A.H.: "Some reflections on the History of Human Rights", en "Mélanges offerts à Polys Modinos", París 1978, pp. 245-259.

ROBERTSON, A.H.: "Human rights: a global assessment and the "Helsinki Agreement" and Human Rights" en "Human Rights and American Foreign Policy", Indiana, 1979.

RODRIGUEZ RAMOS, L.: "Derechos fundamentales y Derecho Penal" en ADH, Madrid, 1982, pp. 277-293.

RUIZ-GIMENEZ, J.: "El Concilio y los derechos del hombre", en "Cuadernos para el Diálogo", Madrid 1968.

SALMON, J.A.: "Essai de Typologie des Systèmes de protection internationale des droits de l'homme" en, "La protection internationale des droits de l'homme", Bruselas 1977, pp. 173-206.

SCHREIBER, M.: "Reflexions sur la protection internationale des Droits de l'homme au trentième anniversaire de la Déclaration Universelle" en ADI, Navarra 1977-1978, t. IV, pp. 3-14.

SCHREIBER, M.: "Les Nations Unies et les droits de l'Homme" en R.D.H. vol. II, n° 1, 1969, pp. 95-112.

SCHREIBER, M.: "La pratique récente des Nations Unies dans le domaine de la protection des droits de l'homme" en RCADI, 145, pp. 297-398.

SCHWELB, E.: "Institutions universelles - Institutions internationales de protection et de promotion des droits de l'homme" - en "Les dimensions internationales des droits de l'homme" UNESCO 1978, pp. 253-367.

SCOBLE, H.M., WISEBERG, L.S.: "Human Rights and Amnesty International", en Annals, vol. 413, n° 11, 1974.

SCHULTON, D.: "Human rights within churches a survey concerning discrimination within religious organisation" en R.D.H., vol. 6, n° 3-4, 1973, pp. 487-562.

SLUSNY, M.: "Quelques observations sur les systèmes de protection internationale des droits de l'homme". En Mélanges offerts à Henri Rolin, Paris 1964, pág. 374-397.

STUDIA DIPLOMATICA, vol. XXI, 1978, n° 4. en "Les droits de l'homme 1948-1978", pp. 555-574.

SUSTER HENN, A.: "L'idée des droits de l'homme et sa mise en oeuvre", en "Mélanges H. Rolin", Paris 1964, p. 398-406.

SZABO, I.: "Fondements historiques et développement des droits de l'homme" en "Dimensions Internationales des Droits de l'Homme", Paris. 1978, pp. 11-42.

TCHIRKOVITCH, S.: "La Déclaration universelle des Droits de l'Homme et sa portée internationale" en, RGDIP, 1949, pp. 376 y ss.

TOMUSCHAT, Ch.: "Eving procedural rules: the U.N. - Human Right Committee's first two years dealing with individual communications" en HRLJ, vol. 1, 1980, n°s. 1-4, pp. 249-257.

TRUYOL SERRA, A.: "Los Derechos Humanos en perspectiva histórica", en "IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (4, 5 y 6 de julio de 1979) Granada 1980, pp. 13-31.

VALTICOS, N.: "Les systèmes de contrôle non judiciaire des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme" en "Mélanges offerts à Polys Modinos", Paris 1978, pp. 331-356.

VASAK, K.: "Vers la création de commissions régionales des droits de l'homme", en "René Cassin Amicorum Discipulorumque", vol. 1, 1969, pp. 467-478.

VASAK, K.: "Egoïsme et droits de l'homme (esquisse pour un procès)" en "Mélanges offerts à Polys Modinos" Paris 1978, pp. 357-368.

VERDROSS, A.: "La dignité de la personne humaine comme base des droits de l'homme". Conferencia impartida en el Círculo Internacional de Juristas de Estrasburgo, 22 abril 1977.

VONCKEN, J., BENOIT, M.: "L'Importance des Conventions Humanitaires Dans le Respeet Des Droits de l'Homme" en "René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber", I, 1969, p. 425-437.

WEIL, G.: "Decisions on inadmissible applications by the European Commission of Human Rights" en AJIL, Notes and Comments, vol. 54, Enero 1980, n° 1, p. 880.

WEIS, P.: "The denunciation of human rights Treaties" en RDH, 1973, n° 1, pp. 3 y ss.

ŽOUREK, J.: "Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue-t-il une affaire interne de l'Etat", en "Homenaje a A. Miaja de la Muela", Madrid 1979, pp. 603 y ss.

B) Obras relativas a la protección de los derechos humanos en el sistema europeo.

a) Monografías.

Académie de Droit International de La Haye "Le droit à la santé entant que droit de l'homme" Colloque, La Haye 27 - 29 Juillet 1978, Alphen aan den Rijn, 1979.

Académie de Droit International de La Haye "Le droit au Développement au plan International". Colloque, 16 - 18 octobre 1979. Aalphen aan den Rijn 1980.

"Actes du Cinquième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme, organisé conjointement par le gouvernement de la RFA et le Secrétariat du Conseil de l'Europe, Francfort, 9 - 12 avril 1980, Paris 1982.

ANTONOPOULOS, N.: "La jurisprudence des organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme" en, Aspects Européens, Série E, n° 5, Leyden 1967.

BEHR, G.: "Judicial Control of the European Communities", Londres 1962.

BEDDARD, R.: "Human Rights and Europe", Londres 1980,

Case-studies on human rights and fundamental freedoms. A world survey. La Haya 1975.

CASTBERG, F.: "The European Convention on Human Rights",
Leiden 1974.

CENTRO D'ETUDES EUROPEENNES.

La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés
individuelles. Département des Droits de l'Homme - Actes du
3^e Colloque du Département des Droits de l'Homme - Louvain -
la - Neuve - Université Catholique de Louvain. Bruselas,
1977.

DUCLOS, P.: "Le Conseil de l'Europe" Paris, 1960.

ERCMAN, S.: "Convention européenne des droits de l'homme
guide de jurisprudence", Viena 1981.

EUSTATHIADES, C.: "La protection internationale des droits
de l'homme dans le cadre européen" Paris, 1961.

FAWCETT, J.E.S.: "The Application of the European Convention
on Human Rights" Oxford, 1969.

GARCIA DE ENTERRIA, E., LINDE, E., ORTEGA, L.I., SANCHEZ MO-
RON, M.: "Sistema europeo de protección de derechos humanos"
Madrid, 1979.

GOLSONG, H.: "Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonventionen" Karlsruhe 1958.

"Human Rights", Londres 1978.

Human Rights in national and international Law. The proceedings of the second international conference on the European Convention on Human Rights. Manchester, 1968.

Human rights and world - order Nueva York, 1978.

"Human Rights in National and in International Law" Manchester, 1967.

"La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles" Troisième Colloque Du Département des Droits de l'Homme - Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 1977.

La Protection Internationale des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées - Iura Hominis Ac Civis René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, Vol. III, Paris 1971.

Les Droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels (actes du colloque de Strasbourg 1979) tome XXXII des Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Strasbourg, 1 vol. in 8°. Paris 1980.

LECOURT, R.: "L'Europe des juges", Bruxelles 1976.

"Les droits de l'homme: droits collectifs ou droits individuelles" Strasbourg 1979.

"Les droits de l'homme et les personnes morales" Premier Colloque du Département des Droits de l'Homme. U.C. Louvain, Bruselas 1970.

LINAN NOGUERAS, D.: "El detenido en el Convenio Europeo de los derechos humanos", Granada 1980.

Mélanges offerts à Polys Modinos "Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne" Paris, 1968.

"Memorandum concernant l'adhésion des Communautés européennes à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme", Luxemburgo 1979.

MERTENS, P.: "Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme" Bruselas, 1973.

MENY, Y.: "Dix ans de regionalisation en Europe. Bilan et perspectives 1970-1980" Paris, 1982.

MIKAELSEN, L.: "European protection of Human Rights - The practice and procedure of the European Commission of Human Rights on the admissibility of applications from individual and States", Aalphen aan den Rijn 1980.

MONCONDUIT, F.: "La Commission européenne des Droits de l'homme" Leyden, 1965.

MORRISON, C.: "The Developing European Law of Human Rights" Leyden 1967.

MORRISON, C.: "The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System", La Haya 1981.

1000

NEDJATI, Z.: "Human Rights under the European Convention"
Amsterdam, 1978.

O'HIGGINS, P.: "Cases and Materials on Civil Liberties",
Londres 1980.

PETZOLD, H.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme. The European Convention on Human Rights", Recueil pour les étudiants en droit international des droits de l'homme" Colonia, 4 ed., 1981.

PETZOLD, H.: "The european Convention on Human Rights. Cases and Materials" 3 ed. Estrasburgo 1979.

PETZOLD, H. y KHOL, A.: "Récueil pour les étudiants en Droit International des Droits de l'Homme" en "La Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales" Documents et Jurisprudence. Estrasburgo 1977.

"Privacy and Human Rights" Manchester, 1973.

RAYMOND, J.: "La Suisse devant les organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme". Société suisse des Juristes. Basilea 1979, Fasc. 1.

RICHER, L.: "Les droits de l'homme et du citoyen" Paris, 1982.

ROBERTSON, A.H.: "The Council of Europe", Londres, 1956.

ROBERTSON, A.H.: "Human Rights in Europe", Manchester,, 1977.

1001

SIERRA NAVA, J. M.: "El Consejo de Europa", Madrid, 1957.

SOCINI, R.: "Le organizzazioni internazionali a carattere europeo considerate nei loro rapporti reciproci" Padua, 1957.

STREET, H.: "Freedom, the individual and the law", Londres, 1979.

TARDU, M.E.: "Human Rights. The International petition system", Nueva York, 1979.

TORBIORN, K.M.: "Vers une psychologie des négociations internationales: processus conceptuel, pressions et compromis votes au cours des négociations ayant débouché sur la convention européenne des droits de l'homme", Tesis, Estrasburgo, 1979.

VARELA FEIJOO, J.: "La protección de los Derechos Humanos", Barcelona, 1972.

VASAK, K.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", París, 1974.

"Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux? Deuxième Colloque du Département des Droits de l'Homme" U. C. Louvain, Bruselas 1973.

"The Rights of the European Citizen" (Prólogo de Lord McNair) Estrasburgo, 1961.

YANGUAS MESSIA, J.: "Los Estados desunidos de Europa". Madrid, 1957.

WEIL, G.: "The European Convention on Human Rights, Background Development and Prospects", Leyden 1963.

ZANGHI, C.: "La Protezione Internazionale Dei Diritti dell'uomo", Roma 1979.

b) Artículos.

ADAM, H.T.: "Le droit de propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme" en Revue de droit public et de la Science politique en France et à l'étranger, 1953, pp. 317-366.

AMODIO, E.: "Il controllo sui provvedimenti restrittivi della libertà personale in una recente pronuncia della Corte europea dei Diritti dell'uomo" en "L'Indice Penale" n° 3, 1971, pp. 520 y ss.

ANDREWS, J.: "Preliminary ruling by the European Court of Human Rights, en Eur. L. Rev. vol. 4, n° 3, June 1979, pp. 229-232.

BALLADORE PALLIERI, G.: "Il regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo" en "Saggi sulle organizzazioni internazionali" Milan 1961, pp. 72 y ss.

BELTRAN, E.: "El Consejo de Europa y los derechos humanos", en ADH, Madrid 1982, pp. 481-514.

BETEGON, J.: "Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo" en ADH, Madrid 1982, pp. 447-479.

British Institute of Human Rights: "Habeas Corpus Act: Is it becoming less effective, en BJHR, 1980, n° 3.

CAPOTORTI, F.: "Contributo allo studio della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo" Rivista di Diritto Internazionale, n° 3, 1974.

CAPOTORTI, F.: "Sull'eventuale adesione delle Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo" en R.D.I., 63, Fasc. 1, 1980, pp. 5-28.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: "El Proyecto de Protocolo Adicional n° 6 al Convenio Europeo de Derechos humanos", en R.I.E., vol. 9, n° 1, Enero-Abril 1982, pp. 75-86.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: "Ampliación del ámbito de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos". Ponencia presentada al Coloquio Internacional sobre la Convención Europea de D.H., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 5-6 Noviembre 1979.

COCATRE-ZILGIEN, A.: "De quelques effets actuels et éventuels de la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme sur la politique et le droit français" en Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, n° 94, mai-juin 1978, pp. 645-678.

COHEN JONATHAN, G.: "Droits de l'Homme et pluralité des systèmes européens de protection internationale", en RDH, vol. V, n° 4, 1973, pp. 650 y ss.

COHEN-JONATHAN G., JACQUE J. P.: "La Commission européenne des Droits de l'homme 1975-1976" en Annuaire F.D.I., París 1976, pp. 128-147.

Colloque sur les droits de l'Homme et les moyens de communication de masse, organisé par l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe avec l'assistance du Gouvernement fédéral d'Autriche" Salzburg, 9-12 sept. 1968. Estrasburgo 1968.

CONDORELLI, L.: "La proprietà nella Convenzione europea dei Diritti dell'uomo" en Rivista di Diritto Internazionale, vol. LIII, 1970, pp. 233 y ss.

Conseil de l'Europe:
Repertorio della Giurisprudenza relativa alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo", Estrasburgo, 1972.

DAINTITH, T.C. y WILKINSON, A.B.: "Bail and the Convention: British reflections on the Wemhoff and Neumeister cases" en The American Journal of Comparative Law, vol. 18, 1970, pp. 326-342.

DANELIUS, H.: "Conditions of Admissibility in the Jurisprudence of the European Commission of Human Rights" Rev. des Droits de l'Homme, 1969, p. 287-289.

DAVY, R.: "Les droits de l'homme dans les relations internationales" en Forum, n° 1, 1980, pp. I-XXIII.

DELVAUX, H.: "La notion de victime au sens de l'article, 25 de la CEDH. Le particulier victime d'une violation de la Convention en "Actes du Cinquieme Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme, organise conjointement par le gouvernement de la RFA et le Secretariat du Conseil de l'Europe. Francfort, 9-12, avril 1980, París 1982, pp. 35 y ss.

DE MEYER, J.: "La situation des "personnes physiques", "organisations non-gouvernementales" et "groupes de particuliers dans la procédure devant la Cour européenne des Droits de l'Homme", en Annales de Droit, n° 1/2, 1974, pp. 65 y ss.

DE SALVIA, M.: "Quelques réflexions sur la nature et le caractère du droit de recours individuel prévu à l'article 25 de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Commission européenne des Droits de l'Homme" en, "Les Clauses Facultatives de la Convention européenne des Droits de l'Homme", Bari 1974, pp. 69 y ss.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: "Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la Convención europea de los derechos del hombre" en Estudios Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, t. II, Madrid, 1959, pp. 585-663.

DRZEMCZEWSKI, A.: "The European Commission of Human Rights and Inadmissible applications against the United Kingdom" Eur. L., Rev., 1978, 14.

DRZEMCZEWSKI, A.: "The European Human Rights Convention and French Law: recent developments" en Riv. di Diritto Europeo, Anno XVIII, n° 3, Luglio-Settembre 1978, pp. 299-311.

DUFFY, P.J.: "English Law and the European Convention on Human Rights", en ICLQ, vol. 29, 4 (1980), pp. 585-618.

DUPUY, R.J.: "La Commission européenne des Droits de l'Homme" en AFDI, 1957, pp. 449 y ss.

DUPUY, R.J.: "La protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste dans la société européenne", en RDH., 7, 1, 1° trim. 1974, pp. 41-59.

EISSEN, M.A.: "Les réserves ratione temporis à la reconnaissance du droit de recours individuel". Les Clauses Facultatives de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Bari, 1974, pp. 85-101.

EISSEN, M.A.: "La Cour des Droits de l'Homme: de la Convention au Règlement" en AFDI, 1959, pp. 618-658.

EISSEN, M.A.: "Le premier arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme" en A.F.D.I., 1960, pp. 444-497.

EISSEN, M.A.: "Le nouveau Règlement Intérieur de la Commission européenne des Droits de l'Homme" en AFDI, 1960, pp. 774-790.

EISSEN, M.A.: "La Convention et les devoirs de l'individu" en "La protection internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen" Paris 1961, pp. 167-194.

EISSEN, M.A.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme et les obligations de l'individu" une mise à jour" en René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, vol. III, 1971, pp. 151-162.

EISSEN, M.A.: "La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour européenne des Droits de l'Homme" en: "La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles" - Troisième Colloque du Département des Droits de l'Homme. C. Louvain-Bruselas 1977, pp. 143-213.

EISSEN, M.A., y McNULTY, A.B.: "Commission européenne des Droits de l'Homme. Procedure et Jurisprudence" en Revue de la Commission Internationale des Juristes, vol. I, n° 2, pp. 212-238.

ENRICH MAS, M.: "La Convención europea de Derechos del Hombre", en "Revista Jurídica de Cataluña", núm. 4 - octubre-diciembre 1979, pp. 907-927.

EUSTATHIADES, C.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Statut du Conseil de l'Europe" en Die Friedens Warte, Basilea 1955, vol. 53, n° 1, pp. 47 y ss.

EUSTATHIADES, C.: "Les recours individuels à la Commission européenne des Droits de l'Homme" en "Mélanges a Prof. Spiropoulos", p. 111. y ss.

CHURCHILL, R.R., y otros: "Current Legal Developments, European Convention on Human Rights. Ringeise en v. The Government of Austria": en: International and Comparative Law quarterly, 1972, pp. 795 y ss.

FARAMIÑAN GILBERT, J.: "La situación de los derechos humanos en el marco comunitario y las aportaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" en "IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales", (Granada 4, 5 y 6 de Julio de 1979) Granada 1980, pp. 111-128.

FAWCETT, J.E.S.: "Bill of Rights for the United Kingdom" en H.R.R., 1, Spring 1976, pp. 57-64.

FAWCETT, J.E.S.: "European Commission of Human Rights at Worle" en World today, vol. 28, n° 5, May 1972, pp. 209-215.

FROMEIN, J.A.: "Die Europäische Menschenrechtskonvention in der neueren Praxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte" Euzgrz 7 (1980), 10-12, pp. 231-237.

FROMEIN, J.A.: "The guarantees afforded by the institutional machinery of the Convention", en Privacy and Human Rights, Manchester, 1973. pp. 284-304.

FROMEIN, J.A.: "The European and the American Conventions on Human Rights A Comparasison", en HRLJ, vol. 1, 1980, n° 1-4, pp. 44-65.

GAMMELTOFT-HANSEN, H.: "Human rights and compensation for unlawful arrest and detention" en Juristen, 1973, pp. 401 y ss.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J.: "Does the Convention have the force of ordre public in Municipal law", en "Human Rights in Nacional and International Law". Bruselas 1968, pp. 97-144, versión francesa, pp. 155-252 y versión alemana pp. 93-134.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J.: "L'ordre public et les droits de l'homme" en Journal des Tribunaux, 1968, pp. 658 y ss.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J.: "Reliance, in the case Law of the European Court of Human Rights, en the Domestic Law of the States", en HRLJ, vol. 1, 1980, n° 1-4, pp. 13-35.

GERBINO, M.: "Considerazioni sugli effetti della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo" en Rivista di Diritto Europeo 1963, pp. 14-21.

GIULIVA, D.: "La compétence de la Commission européenne des droits de l'homme en matière des requêtes individuelles et ses limitations ratione temporis dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de recours individuel" en "Les Clauses FacultatIVES de la Convention Européenne des Droits de l'Homme" Bari 1974, pp. 107 y ss.

GLASER, S.: "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif" en "Mélanges a H. Rolin" Paris, 1964, pp. 104 y ss.

GOLSONG, H.: "The control machinery of the European Convention on Human Rights" en: International and Comparative Law quarterly, n° 11, 1965, pp. 38-69.

GOLSONG, DR.H.: "The European Convention on Human Rights Before Domestic Courts". The British Yearbook of International Law. XXXVIII. Oxford, 1968, pp. 445-532.

GOLSONG, H.: "Quelques, réflexions à propos du pouvoir de la Cour européenne des Droits de l'Homme d'accorder une satisfaction équitable (article 50 de la Convention européenne des Droits de l'Homme" en René Cassin Amicorum discipulorumque Liber, tomo I, Paris 1969, pp. 89-94.

GOLSONG, H.: "L'effect Direct ainsi que le rang en Droit Interne de la Convention européenne des droits de l'homme et des décisions prises par les organes institues par celle-ci" en "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme" en "Les Recours des Individus en cas des violation du Droit européen" Bruselas 1978, pp. 192 y ss.

GRILLO-PASQUARELLI, E.: "Commissione Europea dei Diritti dell'uomo. Condizioni di ricevibilità comuni ai ricorsi statali e individuali", Diss., Turin 1968/1969.

HANNUM, H., and BOYLE, K.: "Individual applications under the European Convention on Human Rights and the concept of administrative practice. The Donnelly case". American Journal of International Law 1974, pp. 440-454.

HANNUM, H., and BOYLE, K.: "The Donnelly case, Administrative Practice and Domestic Remedies under the European Convention: one step forward and two steps back", en *American Journal of International Law* (1977): 316-321.

HARRIS, D.J.: "Recent cases on pre-trial detention en el delay in criminal proceedings in the European Court of Human Rights" en *B.Y.B.I.L.*, 1970, pp. 88 y ss.

HARRIS, D.J.: "European Court of Human Rights (the Lawless Case) en "International and comparative Law quaterly, vol. 10, part. 3, 1961, pp. 616-619.

HARRIS, D.J.: "Decisions on the European Convention on Human Rights. During 1980", en *BYIL*, 1980, pp. 329-332.

HERAUD, G.: "Pour un droit linguistique comparé" en *Revue internationale de droit comparé*", 1971, pp. 324 y ss.

HIGGINS, R.: "The execution of the decisions of organs under the European Convention on Human Rights". *Revue Hellenique de Droit International*, 31 (1978) 1-2, pp. 1-40.

HIGGINS, R.: "Human Rights - Prospects and Problems", Leeds. 1979.

IMBERT, P.H.: "La France et les Traités relatifs aux droits de l'Homme", en *AFDI*, vol. XXVI, 1980, pp. 31-43.

KISS, Ch.A.: "La Convention Européenne des droits de l'homme et le système de garantie du Droit International Public" en "La Protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen", Paris 1961, pp. 239-251.

KISS, Ch. A.: "La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées en droit international public" en René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, vol. III, 1971, pp. 215-223.

KISS, Ch. A.: "Cour Européenne des Droits de l'Homme, Affaire du "Régime Linguistique de l'Enseignement en Belgique", Arrêts du 9 février 1967 (Exception préliminaire) et du 23 juillet 1968 (Fond). En Annuaire Européen vol. XVI, La Haya, 1968, págs. 919-936.

KNOPS, E.M.: "Les affaires de vagabondage, Cour européenne des droits de l'homme, 18 juin 1971 et 10 mars 1972, affaire De Wilde, Ooms et Versyp, en Cahiers de Droit Européen, Jurisprudence, Bruselas, 1972, n° 4-5, págs. 544-602.

KNOPS, E.M.: "Affaire De Wilde, Ooms et Versyp" en A.F.D.I., 1979, pp. 544-602.

KRUGER, H. Ch.: "The European Commission of Human Rights", en HRLJ, vol. 1, 1980, n° 1-4, pp. 66-87.

La France devant l'a Convention européenne des Droits de l'Homme, Besancon 5-7 Nov. 1970, en RDH, vol. III, n° 4, 1970.

LANNUNG, H.: "Human Rights and the multiplicity of European Systems for International Protection" report submitted at the Strasbourg consultation on Human Rights in Europe of tomorrow" 20-21 oct. 1972, en RDH, vol. V, n° 4, 1972, pp. 651 y ss.

Les Droits de l'Homme dans les écrits de Polys Modinos: 1) Dialogues avec les droits de l'homme' 2) L'Europe et les droits de l'homme en RDH, núm. monográfico, 1975.

LEVY, P.M.G.: "De la liberté de l'information à l'information sur les libertés" en René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, vol. III, 1971, pp. 95-113.

LUZZATO, R.: "La Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e la riparazione delle violazioni della Convenzione" en Studi in Onore di Manlio Udina, t. I, Milano 1975, pp. 423-445.

MARCUS-HELMONS, S.: "Réflexions sur une protection efficace des droits de l'homme" en RDH, vol. II, n° 2, 1969, pp. 267-274.

MARCUS-HELMONS, S.: "Cour européenne des Droits de l'Homme 23 juin 1973, Affaire Ringeisen interprétation de l'arrêt du 22 juin 1972, en Cahiers de Droit européen, n° 3-4, 1974, pp. 379 y ss.

MARCUS-HELMONS, S.: "L'article 64 de la Convention de Rome, les réserves à la Convention européenne des Droits de l'Homme", en Revue de Droit international et de droit comparé, Bruselas 1968, pp. 7 y ss.

MARCHAL, L.: "Le Conseil de l'Europe", en "Annuaire Européen" La Haya, 1955, vol. 1, pp. 25-57.

MARIÑO MENENDEZ, F.: "Nota sobre la Sentencia Klass", en "IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (4, 5 y 6 de julio de 1979) Granada 1980, pp. 215-227.

MARIN LOPEZ, A.: "El recurso individual ante un órgano internacional: El caso Nielsen" en REDI, vol. XVIII, n° 1, enero-marzo 1965, pp. 3-19.

MARTINEZ RUIZ, L.F.: "El Juez Español ante la Convención Europea de los Derechos del Hombre" Ponencia presentada al Coloquio Internacional sobre la Convención Europea de Derechos Humanos, Madrid 5-6 Nov. 1979.

MATCHER, F.: "La position de l'individu dans la procedure devant les organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme", Ponencia presentada al Coloquio Internacional sobre la CEDH, Madrid 5-6 Nov. 1979.

McCARTY, Th. E.: "The International Protection of Human Rights: Ritual or Reality? The Vagrancy cases before the European Court of Human Rights" Estrasburgo 1972.

McNULTY, A.B.: "La Commission européenne des Droits de l'Homme: Procédure et Jurisprudence" en Revue de la Commission Internationale de Juristes, 1958, pp. 212-238.

MENGOZZI, P.: "Le contrôle du respect des droits de l'homme de la convention européenne par rapport au système de mise en oeuvre interaméricain", en: Rivista di Diritto Europeo, vol. XIX, n° 1, enero-marzo 1979, pp. 3-39.

MERTENS, P.: "Le droit de recours effectif devant les instances nationales dans la Convention européenne des droits de l'homme" en "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du Droit européen" Bruselas 1978, pp. 23-51.

MERTENS DE WILMARS, M.J.: "L'accès aux mécanismes juridictionnels de protection des personnes privées en droit communautaire - Colloque de Grenoble, 25-26 janvier 1973, en RDH, vol. VI, n° 3, 1973.

MIELE, M.: "L'articolo 50 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la sue prime applicazioni giurisprudenziali" en "Studi in Onore di Manlio Udina" t. I, Milan 1975, pp. 539-550.

MITCHELL, J.D.B.: "Some aspects of the protection of individuals against private power in the United Kingdom", en René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. III, 1971, pp. 87-92.

MODINOS, P.: "Les pouvoirs de décision conférés au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe par l'article 32 de la Convention européenne des droits de l'homme" en "Mélanges a H. Rolin", Paris 1964, pp. 196-216.

MODINOS, P.: "Effects and repercussions of the European Convention Human Rights" en *The ICLQ*, vol. II, 1962, pp. 1097-1181.

MODINOS, P.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Ses origines, ses objectifs, ses réalisations", en "Annuaire Européen" vol. 1, La Haya, 1955, p. 167.

MODINOS, P.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme" en "Revue Générale de Droit International public, 1956, pp. 87-92.

MORISOT, M.: "La résolution" (77) 31 du Conseil de l'Europe sur la protection de l'individu au regard des actes de l'administration" Et. Doc. C.E., n° 30, 1978-1979, pp. 43-55.

MOSLER, H.: "L'influence du droit national sur la Convention européenne des Droits de l'Homme" en: Mélanges Ganshof van der Meersch. Tomo I, 1972, pp. 521 y ss.

MOSLER, H.: "La procédure de la Cour Internationale de Justice et de la Cour européenne des Droits de l'Homme à l'occasion de la nouvelle procédure interne de la Cour Internationale de Justice" en René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber. I, 1969, pp. 196-212.

MOSLER, H.: "Das Institut de Droit International un die völkerrechtliche Stellung der menschlichen Person", en Justicia e Pace, 1974, pp. 77 y ss.

O'BOYLE, M.P.: "Emergency situations and the protection of human rights: a model derogation provision for a Northern Ireland bill of rights", in Northern Ireland Legal Quarterly, Belfast, 1977, n° 2, pp. 160-187.

OPSAHL, T.: "The Convention and the right to respect for family life, particularly as regards the unity of the family and the protection of the rights of parents and guardians in the education of children" en "Privacy and Human Rights" Manchester 1973, pp. 182-247.

PALMIERI, G.M.: "L'esperienza italiana in tema di ricorsi individuali alla Commissione Europea dei Diritti dell'uomo" Rivista di Diritto Internazionale, LXIII (1980), 1, pp. 45-75.

PALMIERI, G.M.: "La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo sul caso Artico" *Rivista di Diritto Europeo*, XX (1980), 4, pp. 345-361.

PANZERA A.F.: "Il potere della Corte Europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa" in *Rivista di Diritto Europeo*. Roma 1974, n° 4, Anno XIV, pp. 317-325.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: "La Convención Europea de Derechos Humanos y el Ius Cogens Internacional" en "Homenaje al Prof. A. Miaja de la Muela" Madrid 1979, pp. 581 y ss.

PELLET, A.: "La reconnaissance par la France du droit de requête individuelle devant la Commission européenne des Droits de l'Homme" en *RDSPFE*, 1981, feb. pp. 69-103.

PELLOUX, R.: "Le Contentieux de l'Indemnité devant la Cour européenne des Droits de l'Homme" en "Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos" Atenas 1973-4, pp. 379-403.

PELLOUX, R.: "Les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les affaires de vagabondage" en: *A.F.D.I.*, 1972, pp. 439 y ss.

PELLOUX, R.: "Les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les affaires Wemhoff et Neumeister" en *A.F.D.I.* 1964, pp. 276 y ss.

PELLOUX, R.: "Les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les affaires Stögmüller et Matznetter", in *Annuaire Français de droit international*, 1970, p. 338 ss.,

PELLOUX, R.: "L'accès aux mécanismes juridictionnels de protection des personnes privées dans le cadre européen" en R.D.H., vol. VI, n° 3/4, 1973, pp. 619 y ss.

PELLOUX, R.: "Trois affaires syndicales devant la Cour européenne des Droits de l'homme" en A.F.D.I., París 1976, pp. 120-127.

PEREZ TREMPES, P.: "El sistema español de protección de los derechos fundamentales y la práctica del Tribunal constitucional", en ADH, Madrid 1982, pp. 423-445.

PETZOLD, H.: "Le règlement de la Cour européenne des Droits de l'Homme" Annales de Droit, n°1/2, 1974, p. 165 y ss.

PEYREFITTE, A.: "Trentenaire du Conseil de l'Europe", en Annuaire Européen, 1978, pp. 25-34.

PFLIMLIN, P.: "Les Droits de l'Homme et l'Europe", en "Mélanges à Polys Modinos", p. 111-114.

PRIETO SANCHIS, L.: "La protección de los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad", en ADH, Madrid 1982, pp. 369-421.

PETREN, S.: "La saisine de la Cour européenne par la Commission Européenne des Droits de l'Homme" en "Mélanges à Polys Modinos" p. 233-244.

PUENTE EGIDO, J.: "Algunas consideraciones en torno a la situación procesal de los particulares ante instancias internacionales" en REDI vol. XX, núm. 2, p. 269-298.

RANNER, H.: "Kolloquium in Graz - Informationsfreiheit und Auskunftspflicht der Behörden" en Eugrz, 30 Nov. 1976, pp. 347-450.

RAYMOND, J.: "Les droits garantis par la Convention européenne des Droits de l'Homme" en RDH, 1970, pp. 308 y ss.

ROBERTSON, A.H.: "Agreement relating to persons participating in proceedings of the European Commission and Court of Human Rights" en Miscellanea W. J. Ganshof Van der Meersch", t. I, Bruselas, 1972, pp. 545-564.

ROBERTSON, A.H.: "Advisory opinions of the Court of Human Rights" en René Cassin Amicorum Discipulorumque, Liber I, 1969, pp. 225-240.

ROBERTSON, A.H.: "Le rôle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe" Colloque de Grenoble, 25-26 janvier 1973, RDH, vol. VI, n° 3/3, 1973, pp. 768 ss.

ROBERTSON, A.H.: "Human Rights in Europe" en "International Review" n° 4, 1975, pp. 41 y ss.

ROLIN, H.: "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission Européenne des Droits de l'Homme" en Revue hellénique de droit internationale, 1956, pp. 3-15.

RODRIGUEZ CARRION, A.: "Los derechos humanos como objetivo de la política exterior" en "IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (4, 5 y 6 de Julio de 1979) Granada 1980, pp. 241-250.

RONZITTI, N.: "L'accettazione della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo e delle sue clausule facoltative da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa" en RDI, 1967.

ROTTOLA, A.: "La competenza della Corte a riesaminare la questione della ricevibilità" en "Les clauses facultatives" Bari 1974, pp. 265 y ss.

SALMON, J.: "Essai de typologie des systèmes de protection des Droits de l'Homme" en "La Protection internationales des Droits de l'Homme" París 1961, pp. 173-206.

SANZ, M.: "Le quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme" en AFDI, 1964, pp. 569-575.

SAPIENZA, R.: "La libertà d'espressione nella convenzione europea dei diritti dell'uomo, il caso "Sunday Times" en Rivista di Diritto Internazionale, vol. LXIV, 1981, n° 1, pp. 43-66.

SCHUMAN, R.: "L'Europe est une Communauté spirituelle et culturelle" en, "Annuaire Européen" La Haya 1955, vol. 1, pp. 17-24.

SCHWELB, E.: "The protection of the right of property of nationals under the first Protocol to the European Convention on Human Rights", en AJCL, 1964, pp. 518-541.

SØRENSEN, M.: "Les expériences personnelles de la Convention: l'expérience d'un membre de la Comisión" en RDH, n° 3, 1975, pp. 329 y ss.

SØRENSEN, M.: "Le problème inter-temporal dans l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme" en "Mélanges offerts à Polys Modinos", pp. 304-319.

SØRENSEN, M.: "La recevabilité de l'instance devant la Cour européenne des Droits de l'Homme" en "René Cassin Auricorum Discipulorumque", Liber I, Paris 1969, pp. 333-346.

SØRENSEN, M.: "The enlargement of the European Communities and the protection of human rights" Actes de la Conférence Parlementaire sur les Droits de l'Homme. Viena, 18-20 octobre 1971.

SPERDUTI, G.: "La personne humaine et le droit international" en AFDI, 1961, pp. 141-162.

SPERDUTI, G.: "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e il suo sistema di garanzia" en Riv. Dir. I. 1963, pp. 161 y ss.

SPERDUTI, G.: "Sulla presentazione dei ricorsi davanti alla commissione europea dei Diritti dell'uomo" en Rivista di Diritto Internazionale, n° 3, 1974, pp. 531 y ss.

SPERDUTI, G.: "Osservazioni sul sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo" IV, en Studi en onore di Giuseppe Chiarelli" Milan 1974, pp. 4163-4173.

SPERDUTI, G.: "Le principe de non-discriminations dans la jouissance des droits de l'homme" en RDH 1976/I, pp. 71-80.

SPERDUTI, G.: "Sur l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Köning", Rivista di Diritto Europeo, LXIII (1980), I, pp. 29-34.

SPERDUTI, G.: "Le rattachement des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales" en R. Mar. Com. n° 236, avril 1980, pág. 170.

STARACE, V.: "La Jurisdiction obligatoire de la Cour européenne des droits de l'homme" en "Les Clauses Facultatives" Bari 1974, pp. 225 y ss.

SULIGER, D.: "Sul funzionamento del sistema dei ricorsi individuali alla Commissione europea dei diritti dell'uomo" en Riv. Dir. Int. 1974, n° 3, pp. 548-566.

TEITGEN, P.H.: "The temporal effect of the judgments of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Communities" en HRLJ, vol. 1, 1980, n° 1-4, pp. 36-43.

TRECHSEL, S.: "L'établissement des preuves devant la Commission européenne des Droits de l'Homme", en: "La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles" Troisième Colloque du Département des Droits de l'Homme - U.C. Louvain, Bruselas, 1977, pp. 121-142.

VALLE YTURRIAGA, J.L. del: "Protección de los Derechos Humanos en el Derecho Positivo", Derechos humanos, Valencia 1969.

VALLEE, Ch.: "Une application de l'article 50 de la Convention européenne des Droits de l'Homme", en RGDIP, 1972, pp. 1105 y ss.

VALLEE, Ch.: "L'affaire Ringeisen devant la Cour européenne des droits de l'homme" en RGDIP, n° 1, 1972, pp. 110 y ss.

VAN KLEFFENS, E.N.: "Unity and Diversity in Western Europe" en "Annuaire Européen", La Haya 1955, vol. 1, pp. 3-16.

VANKENHUYZEN, J.: "Le respect des droits de l'homme et la législation belge pour la repression du vagabondage", R.B.D.I., 1973, 1, vol. IX, pp. 338-374.

VASAK, K.: "L'Histoire des problèmes de la ratification de la Convention par la France" en "Revue des Droits de l'Homme", vol. III, n° 4, 1970, pp. 558-566.

VASAK, K.: "Le contrôle parlementaire des actes de l'exécutif concernant la ratification de la convention et l'acceptation de ses clauses facultatives" en "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen", Paris 1961, pp. 321-328.

VASAK, K.: "L'organisation politique et administrative internationale (Conseil de l'Europe, Convention européenne des Droits de l'Homme, droits garantis par la Convention", en Juris-classeur de Droit International, n° 2, Paris, 1972, Fasc. 155.

VASAK, K.: "Les Etats Nordiques face à la protection internationale des droits de l'Homme", en RDH, n° 1, 1975, pp. 103 y ss.

VASAK, K.: "Le Conseil de l'Europe" "Institutions regionales de promotion et de protection des droits de l'homme", UNESCO 1978, pp. 550-599.

VEGLERIS, Ph.: "Modes de Redressement des violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme-Esquisse d'une classification" en "Mélanges a Polys Modinos" Paris, 1968, pp. 369-388.

VEGLERIS, Ph.: "Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte" en "Juristen Zeitung" 1960, pp. 194 y ss.

VELU, J.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme et la procédure pénale belge", en "Mélanges offerts à Polys Modinos" Paris 1968, pp. 389-453.

VELU, J.: "Le controle des organes prévus par la Convention européenne des Droits de l'Homme sur le but, le motif et l'objet des mesures d'exception dérogeant à cette Convention" en "Mélanges Rolin", Paris 1964, pp. 462-478.

VELU, J.: "Les Voies de Droit ouvertes aux individus devant les instances Nationales en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme", en "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen". Bruselas, 1978, pp. 187 y ss.

VERHOEVEN, J.: "Jurisprudence belge relative au droit international" en RBDI, 1971, pp. 740 y ss.

VICTOR, J.L.: "Droits de l'Homme et élargissement des Communautés Européennes" en RDH, vol. V, n° 4, 1973, pp. 675 y ss.

VINGT - Cinq Ans de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Novembre 1950", en R.D.H., n° 3, 1975.

VIRALLY, M.: "L'accès des particuliers à une instance internationale: la protection des droits de l'homme dans le cadre européen" en Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, vol. 20, 1964.

VIS, W.: "La réparation des violations de la convention européenne des Droits de l'Homme (Note sur l'article 50 de la Convention)", en "La protection internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen". Travaux du Colloque organisé par la Faculté de droit et de sciences politiques et économiques de Strasbourg, 14-15 novembre 1960, Paris 1961, pp. 279-286.

VUKAS, B.: "La protection internationale des Droits de l'homme dans le système des Nations Unies" en R. Polit. Int. 652, 1977, pp. 43-48.

WALDOCK, H.: "La Convenzione europea sui diritti dell'uomo vista da un giudice" en *Comunità Internazionale*, n° 30, 1975, n° 1-2.

WALDOCK, H. sir.: "Die Wirksamkeit des Systems der Europäischen Menschenrechts Konvention" (La eficacia del sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos), *Eugrz* 6 (1979), 21, pp. 599-603.

WALDOK, H. Sir.: "The European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms" en *BYIL*, 34, 1958, pp. 356 y ss. Intervención en "Cinquième anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention" pp. 19-20.

WALDOCK, H. Sir.: "The Effectiveness of the system set up by the European Convention on Human Rights" en *HRLJ*, vol. 1, 1980, n° 1-4, pp. 1-12.

WEIL, G.L.: "The European Convention on Human Rights, Background, Development and Prospects" en *European Aspects*, Série C: Politics, n° 12, Leyden 1963.

WEIL, G.: "Decisions on Inadmissible Applications by the European Commission of Human Rights" en AJIL, vol. 54, January 1960, n° 1, pp. 880 y ss.

WIEBRINGHAUS, H.: "Travaux et Jurisprudence de la Commission européenne des Droits de l'Homme entre le 5 Juillet 1955 et le 5 Juillet 1958" en: "Annuaire Francais de Droit International, 1958, pp. 495-511.

WIEBRINGHAUS, H.: "Jurisprudence et procédure du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en vertu du premier paragraphe de l'article 32 de la Convention européenne des Droits de l'Homme" en "Mélanges Polys Modinos", Paris 1968, pp. 454-478.

WILLIAMS, A.M.: "The European Convention on human rights: a new use?" en Texas International Law Journal, spring-summer 1966, pp. 279-292.

WORTLEY, B.A.: "Some observations on claims for violations by a State of the human rights of a citizen" en Rivista di Diritto Europeo, vol. VIII, 1968.

ZANGHI, C.: "Osservazioni sulla composizione della Commissione europea dei Diritti dell'Uomo" en Rivista di Diritto Europeo 1974, pp. 329 y ss.

2) Obras relativas a los Derechos y libertades garantizados y sus restricciones.

a) Monografías.

BARRELET, D.: "La liberté de l'information" Berna, 1972.

CAMPO, O.: "Difesa, autodifesa e convenzione europea dei diritti dell'uomo" Milán, 1977, p. 73.

CAPELLETI, M., VIGORITTI, V.: "Fundamental guarantees of the parties in civil litigation" Nueva York, 1973.

CASTAN TOBENAS, J.: "Los derechos del hombre" Madrid, 1969.

CARRILLO DE ALBORNOZ, A.F.: "The basis of religious liberty" Londres, 1963.

ENAYAT, M.: "Le droit a la sureté et la détention préventive d'apres la Convention européenne des Droits de l'Homme" (These), Université de Lyon, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1969.

GARCIA GOMEZ, M.: "Derechos humanos y constitución española" Madrid, 1980.

Human Rights in National and International Law. The proceedings of the second international Conference on the European Convention on Human Rights. Manchester, 1968.

LUCAS VERDU, O.: "Los Títulos Preliminar y Primero de la Constitución y la Interpretación de los Derechos y Libertades Fundamentales" en REDUC, núm. 2, monográfico "Los derechos humanos y la Constitución de 1978".

"La protection Internationale des Droits de l'Homme dans le cadre Européen" (Proceedings of the Strasborug Colloquy), París, 1961.

LEAUTE, J.: "Secret militaire et liberté de la Presse" París 1957.

MARTINEZ VAL, José María: "Los derechos de la persona en las Constituciones de la postguerra" Ciudad Real, 1952.

McGOVERN, E.T.: "Internment and detention without trial in the light of the European Convention on Human Rights" Londres 1973.

PARDOS PEREZ, J.L.: "Derechos del hombre en el Consejo de Europa" Prol. Antonio Luna, Murcia, 1966.

STASSINPOULOS, M.: "Le droit de la défense devant les autorités administratives" París, 1976.

Privacy and Human Rights - Reports and communication presented at the Third International Colloquy about the European Convention on Human Rights", organised by the Belgian government, Bruselas 30 Sept. 3 Oct. 1970, Manchester, 1973.

ROMERO MORENO, J.M.: "Protección procesal y Derechos fundamentales en la España del siglo XIX" U.C., Madrid, 1982.

The Rights of the European Citizen - Estrasburgo, 1961.

The Right to Refuse to Kill, Ginebra, 1971.

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN: "Les droits de l'homme et les personnes morales" , Bruselas, 1970.

YIANNPOULOS, D.C.: "La protection internationale de la liberté syndicale. La Commission d'Investigation et de Conciliation en matiere de liberté syndicale de l'Organisation Internationale du Travail" París, 1973.

VELU, J.: "L'affaire Delcourt" Bruselas, 1972.

Vie Privée et Droits de l'Homme - Actes du 3° Colloque International sur la Convention européenne des Droits de l'Homme. Bruselas, 1973.

b) Artículos.

AMODIO, E.: "Il controllo sui provvedimenti restrittivi della libertà personale in una recente pronuncia della Corte europea dei Diritti dell'uomo" en L'indice penale 1971, pp. 522 y ss.

ALSTON, P.: "A Third Generation of Soridarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law? en Netherlands International, Law Review, 1982, vol. XXIX, pp. 307-322.

BELLINI, S.: "La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Haver" en Rivista di Dir. Int. vol. LXIV, 1981, n° 2, pp. 318-327.

BENVENUTTI, G.: "La ragionevolezza della detenzione preventiva nell'art. 5 - par. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo" en "Riv. D.I.", 1974, pp. 508-530.

BUERGENTHAL, T.: "Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne le droit judiciaire" en "Les droits de l'homme en droit interne et en droit International" Bruselas 1968, pp. 286 y ss.

CALDUCH CERVERA, R.: "La Teoría de la Soberanía Limitada y los Derechos Humanos" en "IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales" (4, 5 y 6 de julio de 1979) Granada 1980, pp. 75-90.

Carta de derechos de la persona humana, elaborada en las "Conversaciones Católicas Internacionales de San Sebastián", Sesión de 1949. en REDI 1949, IX Documentación Internacional I.

CHIAVARIO, M.: "Un primo bilancio sugli orientamenti della corte europea dei diritti dell'uomo in tema di durata della carcerazione preventiva. III. L'Indice penale 1970, pp. 469-479.

DAES, E.: "Restrictions and limitations on human rights." René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber, III, 1971, pp. 84 y ss.

DAINTITH, T.C.; WILKINSON, A.B.: "Bail and the Convention: British reflections on the Wemhoff and Neumeister cases", en AJCL, vol. 18, 1970, pp. 326-342.

DANELIUS, H.: "A survey of the Jurisprudence Concerning the Rights protected by the European Convention on Human Rights" en RDH, n° 2-3, 1975, pp. 431 y ss.

DE MEYER, J.: "Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications dans les relations entre personnes privées et les obligations qui en résultent pour les Etats Parties à la Convention" en "Les Droits de l'Homme et la vie privée" Bruselas, 1973.

DECLERQ, R.: "Problèmes actuels de la détention préventive" en Journaux de Tribunaux 1975.

D'HAENENS, J.: "Indemnisation pour privation de liberté injustifiée et detention preventive inopérante" en J.T., 1974.

DI MARTINO, V., Il Consiglio d'Europa e la tutela delle libertà sindacali. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in Il diritto del lavoro, Roma, maggio-agosto 1977, p. 1, pp. 249-262.

DOSWALD-BECK, L.: "What does the prohibition of torture or inhuman or degrading treatment or punishment" mean? The interpretation of the European commission and Court of human rights". Netherlands international law review n° 25, 1978, n° 1, p. 24-50.

DOUCET, J.P.: "La protection pénale de la personne Humaine" Lieja, 1979.

Droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels (Colloque de Strasbourg - 13-14 Mars 1979), Paris 1980.

ELIARTS, Ch.: "Considérations des droits fondamentaux des détenus", en *Revue de Droit Pénal et la Criminologie* n° 2, 1975.

ENAYAT, M.: "Le droit à la sureté et la détention préventive d'après la Convention européenne des Droits de l'Homme" Thèse de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de l'Université de Lyon 1967.

EISSEN, M.A.: "Le "droit à un tribunal" dans la jurisprudence de la Commission" en "Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch, vol. I, Bruselas 1972, pp. 433 y ss.

EISSEN, M.A.: "L'autonomie de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Commission" en "Mélanges offerts à Polys Modinos" Paris 1978, pp. 122-145.

FERNANDEZ SEGADO, F.: "La suspensión de las garantías constitucionales" en *Rev. Est. Ptcos.* 1979, enero-febrero, 1971.

FERRANTI, G.: "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto all'istruzione" en *Rivista di Diritto Europeo*. Anno XXII, n° 4, Ottobre-Diembre 1982, pp. 355-368.

FIX ZAMUDIO, H.: "La Protección de los derechos humanos in foro interno" en "Miscellanea Ganshof van der Meersch" Bruselas 1972, t. III, pp. 107-144.

GARCIA, M.A.: "Las libertades individuales y su garantía", en *Revista de Estudios Políticos*, n° 88, Madrid 1965, pp. 89-120.

GARCIA ROBLES, A.: "Les droits de l'homme et les libertés fondamentales dans la législation du Mexique" en Annuaire des droits de l'homme, 1946, pp. 337 y ss.

GOLSONG, H.: "Le droit à la liberté de la personne tel qu'il est garanti par l'article 5 de la convention européenne des Droits de l'Homme" en European Criminal Law, Colloques Européens, Bruselas 1970, pp. 25-79.

GAMMELTOFF - HANSEN, H.: "Human rights and compensation for unlawful arrest and detention" en Juristen 1973, p. 401.

GARCIA DE ENTERRIA, E.: "Libertades públicas y Derecho Administrativo" en ADH, Madrid 1982, pp. 113-128.

GREEN, L.C.: "Derogation of Human Rights in Emergency situations" en Ann. Canadien de Droit International, vol. XVI, 1978.

GREMENTIERI, V.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme et le procès civil" en Revue trimestrielle de droit européen, n° 3, 1969.

HARRIS, D.: "The right to a fair trial in criminal proceedings as a human rights" en The International and Comparative Law Quarterly 1968, vol. 16, Part. 2, pp. 353-378.

HIERAUD, G.: "Les Droits garantis par la Convention" en "La Protection Internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen", Paris, 1960, pp. 111 y ss.

HULSMAN, L.H.C.: "Le Conseil de l'Europe se prononce sur la détention préventive" en Cahiers de droit européen, 1966, pp. 271-277.

Indemnisation pour privation de liberté injustifiée et détention préventive inopérante, J. Tribunaux, 4866, 6-4 1974, pp. 237-247.

KUNDOCH, H.G.: "Human rights in prison with special reference to the Baader Meinhof case" en Grundrechte 1976, p. 54 y ss.

MAESTRE, J.: "La posición de los países socialistas frente a los derechos humanos" en Revista de Estudios Políticos, 1981, enero-febrero -p. 135-143.

MANGAS MARTIN, A.: "Cuestiones de Derecho de Gentes en la constitución española de 1978", en "Sistema" Revista de Ciencias Sociales, 1980.

MANGAS MARTIN, A.: "Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978" en RFDUC, n° 61, 1980, pp. 143-184.

MARIN LOPEZ, A.: "Los Derechos del Hombre en el Consejo de Europa: El cuarto y quinto Protocolos al Convenio Europeo de 1950" en "Estudios de Derecho Internacional. Homenaje a D. Antonio de Luna, Madrid 1968, pp. 332-347.

MARIN LOPEZ, A.: "La garantía de los derechos humanos en el ámbito europeo" en R.I.E., 1975, 1, vol. 2, pp. 73-89.

MARTI DE VESES, C.: "Regulación internacional del Derecho a la educación" en Homenaje al Prof. Miaja de la Muela, t. II, Madrid 1979, pp. 553-580.

MERTENS, P.: "Origines et Fondements du Droit de recours interne en cas de violation d'une norme de Droit International" en "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen", Bruselas 1978, pp. 23 y ss.

MITCHELL, J.D.B.: "Some aspects of the protection of individuals against private power in the United Kingdom" en René Cassin Amicorum Discipulorumque, vol. III, 1971, pp. 235-246.

MORENO LOPEZ, A.: "Los derechos humanos de la solidaridad" en "IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (4,5 y 6 julio 1979), Granada 1980, pp. 33-53.

NYHAMMAD, H.N.A.D.: "Guarantees for accused persons under the Un Human rights covenants". Indian journal of International Law 20; 177-215. April-June 1980.

GALLIVAN, T. y WARBRICK, C.: "Jury-vetting (in Great Britain) and the European Convention on Human Rights". The Human rights review, Londres, autumn 1980, 176-201.

O'BOYLE, M.: "Torture and Emergency Power under the European Convention on Human Rights" Ireland v. United Kingdom" en A.J.I.L., 1977, pp. 674-706.

OPSAHL, T.: "Human Rights today: International obligations and national implementation" Scandinavian Studies in Law, 23, (1979), pp. 149-177.

PARTCH, K.J.: "Les principes de base des droits de l'homme: l'autodétermination l'égalité et la non-discrimination: en "Les dimensions internationales des Droits de l'Homme" UNESCO 1978, pp. 64-96.

PEREZ LUÑO, A.E., "Igualdad y derechos económicos, sociales y culturales" en A.D.H., Madrid 1982, pp. 255-275.

PETERSMANN, H.: "The Protection of Fundamental Rights in the European Communities" en Annuaire Européen, XXIII, (1975), pp. 179-210.

PEUKERT, W.: "Die Garantie des "fair trial" in der Strassburger Rechtsprechung. Die Auslegung des Art. 6 EMRK durch die Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention" en EUGRZ 7 (1980), 10-12 pp. 247-269.

PEUKERT, W.: "Der Schutz des Eigentums nach art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention en Eugrz, 8 (1981) 4/5, pp. 97-114.

PLOUVIN, J.Y.: "La reconnaissance et la protection internationales du droit à l'éducation" en Le Quotidien Juridique, n° 11, 24, janvier 1981, pp. 2-7.

QUADRA SALCEDO, T. de la: "Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales" en RFDUC, Madrid, invierno 1981, pp. 129-141.

RAMIRO RICO, N.: "El porvenir de los derechos individuales" en REDI, 1949, pp. 445 y ss.

RAYMOND, J.: "Les droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et les libertés fondamentales; aperçu de la jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme" en R.D.H., III, pp. 289 y ss.

RIVERO, J.: "La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées" en René Cassin *Amicorum Discipulorumque*, vol. III, 1971, pp. 311-322.

ROLLAND, M.: "Les garanties de la liberté individuelle au cours du proces pénal dans diverses législations européennes" en "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen", Paris 1961, pp. 127-139.

ROUW DE, A.C.J.: "Some Aspects of the Right to leave and to Return with special Reference to Dutch Law and Practice" en *NYIL*, 1981, pp. 45-71.

SALMON, J.J.A.: "Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation" en *Journal des Tribunaux*, 1971, pp. 473 y ss.

SAPIENZA, R.: "La libertà d'espressione nella Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo: Il caso Sunday Times", *Rivista di Diritto Internazionale*, LXIV (1981), 1, pp. 43-66.

SAULLE, M.R.: "Filiazione naturale e diritti umani", *Rivista di Diritto Internazionale*, LXIII (1980), 1, pp. 35-44.

SCHMIDT, H.: "La Libertad sindical" en *Forum* 1-2/78, Estrasburgo 1978, p. 24.

SINON, M.: "Droits de l'homme et pouvoir exécutif" en: *Liber René Cassin*, IV, Paris 1972, pág. 188.

STOBER, C.R.: "The right to liberty: a comparison of the European convention on human rights with the United States practice." *Human rights* (Dallas), n° 5, 1976, pp. 333-363.

SPERDUTI, G.: "De la notion de "délai raisonnable qualifiant la durée de la détention préventive selon l'article 5, par. 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en RDH, 1975, pp. 865-868.

SYTHOFF-STRAY, A.I.: "The right of the accused to have or to refuse publicity" en RDH, 1969, pp. 159-176.

TEITELBAUM, L.E.: "Some comparative aspects of pre-trial seizures of suspects in criminal cases" en RDH, vol. V, n° 2-3, 1972, pp. 419-649.

The Meaning of "civil rights", The KAPLAN case discussed", Eur. Law, Review, vol. 6, n° 3, June 1981, p. 236.

THOMASHAUSEN, A.: "Basic Rights, Liberty and their protection under the new Portuguese Constitution of 1976" en HRLI, vol. 1, 1980, n°s. 1-4, pp. 182-208.

TRECHSEL, S.: "La durée raisonnable de la détention préventive" en R.D.H., vol. IV, n° 1, 1971, pp. 119-152.

TRECHSEL, S.: "The Right to Liberty and security of the Person - Article 5 of the European Convention on Human Rights in the Strasbourg case Law", en HRLJ, vol. 1, 1980, n°s. 1-4, pp. 88-135.

VASAK, K.: "La réalité juridique des droits de l'homme", en "Les dimensions internationale des droits de l'homme", UNESCO, 1978, pp. 1-9.

VASAK, K.: "Les critères de distinction des institutions - Institutions internationales de protection et de promotion des droits de l'homme" - en Ibidem, pp. 237-252.

VASAK, K.: "Vers un droit international spécifique des droits de l'homme" Ibidem, pp. 707-715.

VAN BOVEN, C.: "Les critères de distinction des droits de l'homme", en "Les dimensions internationales des droits de l'homme" UNESCO 1978, pp. 45-63.

VAN BOVEN, C.: "Aperçu du droit international positif des droits de l'homme", Ibidem, pp. 97-122.

VELU, J.: "Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme" en RBDI, 1982, n° 2, pp. 293-316.

VELU, J.: "Le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Etude comparative de l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'homme et de l'article 9 du Pacte International" en Revue de droit pénal et de criminologie, 1968, pp. 167-213.

VELU, J.: "Les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme autres que les articles 5 et 6, et le droit pénal des Etats contractans", en European Criminal Law", Colloques Européens, Bruselas 1970, pp. 153-202.

VELU, J.: "Article 6 of the European Convention on Human Rights in Belgian Law" en AJCL, 1970, 2, pp. 259-292.

VELU, J.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme et les garanties fondamentales des parties dans le procès civil" en "Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil", Milan 1973.

VOGLER, Th.: "Das Recht and unentgeltliche Beziehung eines Dolmetschers (art. 6 Abs. 3. Buchdt, e EMRK/Anmerkungen zum Delmetscherkostenurteil des EGMR" (El derecho a intérprete gratuito -art. 6, apart. 3, letra e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Observaciones sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre costas de intérprete), EUGRZ 6 (1979), 23, pp. 640-647.

VELU, J.: "Le contrôle des organes prévus par la convention européenne des droits de l'homme sur le but, le motif et l'objet des mesures d'exception dérogeant à cette convention" en "Mélanges offerts à Henri Rolin". Paris 1964, pág. 462.

WALSH, B.: "Existence and meaning of fundamental rights in Ireland", en HRLJ, vol. 1, 1980, n°s. 1-4, pp. 171-181.

ZANGHI, C.: "La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées (Italie)" en René Cassin *Amicorum Discipulorumque*, vol. III, 1971, pp. 269-278.

ZANGHI, C.: "La libertà di espressione nella Convenzione europea dei Diritti dell'uomo nel Patto delle Nazioni Unite su diritti civili e politici" en R. Dir. I. vol. LII, n° 2/3.

3) Obras relativas a la regla del agotamiento previo de los recursos internos.

a) Monografías.

ANTONOPOULOS, N.: "La Jurisprudence des organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", Leyden 1967.

ALCALA-ZAMORA CASTILLO, N.: "La protección procesal internacional de los Derechos Humanos", Madrid, 1975, p. 179.

AMERASINGHE, C.F.: "State Responsibility for Injuries to Aliens", Oxford, 1967. Aquí pp. 68, 219 y ss., 259 y ss., 265 y ss., 271-276.

CASTBERG, F.: "The European Convention on Human Rights", Leiden 1974, Aquí, pág. 198.

CHAPEZ: "La Règle de l'épuisement des voies des recours internes", París 1972, pp. 263, aquí pp. 25 y ss., 150 y ss.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: "La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires" en RCADI, 1974, I, pp. 87 y ss.

EUSTATHIADES, C.T.: "La responsabilité international de l'Etat pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international" París, 1936.

FAWCETT, J.E.S.: "The application of the European Convention on Human Rights" Oxford 1969, pp. 452 y ss.

GARCIA BAUER, C.: "Protección internacional de los derechos humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos" en el "Séptimo curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano" (agosto 1980). Secretaría General de la O.E.A., Washington 1981, pp. 250-276.

GUGGENHEIM, P.: "Traité de droit international public" Ginebra 1954, t. II, pp. 21 y ss.

KHÖL, A. y PETZOLD, H.: "La Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme" Documents et Jurisprudence" Estrasburgo, 1977, Parte IV, p. 7.

MIAJA DE LA MUELA, A.: "Introducción al derecho internacional público" Madrid 1970: El principio de la efectividad, pp. 70-75.

MONACO, R.: "Manuale di diritto internazionale pubblico" Turin 1971, pp. 569 y ss.

MONCONDUIT, F.: "La Commission européenne des Droits de l'homme", Leyden 1965, pp. 304 y ss.

MORRISON, Jr., C.C.: "The Developing European Law of Human Rights", Leyden 1967. Aquí capítulo VIII pp. 78-85.

PETZOLD, H. KHÖL, A.: "La Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme". Documents. Jurisprudence. Estrasburgo 1977. Parte IV p. 7.

QUOC DINH, N.; DAILLIER, P.; y PELLET, A.: "Droit International Public" París 1980, pp. 551-553, 711-713.

ROBERTSON: "Human Rights in Europe". Manchester University Press. 1977, pp. 329, aquí 161 y ss.

ROLIN, H.: "Les principes du Droit international public" en RCADI, 1950, II, pp. 309-476.

SEFERIADES, S.: "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales" en RCADI, 1935, I, pp. 5-119.

TRECHSEL, S.: "La presentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles" Bruselas 1977, pp. 121-142.

URIBE VARGAS, D.: "Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano" Madrid, 1972, pp. 333 y ss.

VASAK, K.: "Les dimensions internationales des droits de l'homme" París, 1978, p. 379.

VASAK, K.: "La Commission interamericaine des droits de l'homme" París 1968, pp. 44-45.

VASAK, K.: "La Convention européenne des droits de l'homme". París 1964.

VASAK, K.: "Le droit international des droits de l'homme" en RCADI, 1974, IV, pp. 333 y ss.

VISSCHER de C.: "Théories et réalités en droit international public" París 1970, pp. 48 y ss.

WITENBERG, J.C.: "La theorie des preuves devant les juridictions internationales" en: Recueil de Cours de l'Academie de Droit International (1936) II, pág. 41.

b) Artículos.

AMERASINGHE, C.F.: "The rule of Exhaustion of Domestic Remedies in the Framework of International Systems for the Protection of Human Rights", en ZaöRV, 1968, pp. 257 y ss.

BORCHARD, E.: "The Local Remedies Rule" en AJIL, 1934, pp. 729 y ss.

BUERGENTHAL, Th.: "The revised OAS Charter and the Protection of Human Rights" en AJIL, 1975, vol. 69, n° 4.

CANÇADO TRINDADE, A.A.: "The Burden of the Proof with regard to the Exhaustion of local Remedies in International Law", en: Revue des droits de l'homme, 1976 pp. 81-121, aquí p. 99.

CANÇADO TRINDADE, A.A.: "Origin and Historical Development of the Rule of exhaustion of Local Remedies in International Law" en RBDI, 1976, pp. 499 y ss.

CANÇADO TRINDADE, A.A.: "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: an Appraisal", RDH, 1977, pp. 141 y ss.

CANÇADO TRINDADE, A.A.: "Exhaustion of Local Remedies and the Role of National Courts" en Archiv des Völkerrechts 1977- 1978, pp. 333 y ss.

CANÇADO TRINDADE, A.A.: "Exhaustion of Local Remedies in interstate cases: the Practice under the European Convention on Human Rights" en Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 1978, pp. 152-168.

CANCADO TRINDADE, A.A.: "Exhaustion of Local remedies and the Law of International Organizations" en R.D.I., avril-Juin, 1979, n° 2, pp. 81-123.

CASSESE: "Le droit de recours individuel devant la Commission Européenne des droits de l'homme" en "Les clauses facultatives de la Convention Européenne des droits de l'homme". Bari: 1974, p. 57 y ss.

CASSESE: "Sul Funzionamento del sistema dei ricorsi individuali alla Commissione europea dei diritti dell'uomo" en: Rivista di Diritto Internazionale, 1974, pp. 548-576, aquí 559.

COUVREUR, Ph.: "L'épuisement des voies de recours internes et la Cour européenne des droits de l'homme: l'arrêt Van Oostervijk du 6 novembre 1980" en Revue Belge de D.I., vol. XVI, 1981-1982 - 1, pp. 130-171.

DANELIUS, H.: "Conditions of admissibility in the European Commission of Human Rights" en, RDH, 1969, pp. 289 y ss.

DIEZ DE VELASCO, M.: "Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la Convención Europea de Derechos del Hombre" en homenaje a N. Pérez Serrano, Madrid 1959, pp. 585-663, aquí pp. 605-606.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: "La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires" en RCADI, 1974, I, pp. 87 y ss.

DOMINICE, C.: "La Convention européenne des droits de l'homme devant le juge national" en ASDI, 1972, pp. 9 y ss.

EAGLETON, C.: "L'épuisement des recours internes et le déni de justice d'après certaines décisions récentes", A.F.D.I., 1935, pp. 504-526.

EISSEN, M.A.: "La Cour européenne des droits de l'homme" en AFDI, 1959, pp. 618-658.

EISSEN, M.A.: "Le nouveau règlement intérieur de la Commission Européenne des droits de l'homme", en A.F.D.I. 1960, pp. 774 y ss.

EISSEN, M.A.: "Le Premier arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme" Affaire Lawless" exceptions préliminaires et questions de procédure" - en AFDI, 1960, pp. 444 y ss.

EUSTATHIADES, C.T.: "Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme" en Homenaje a J. Spiropoulos. Bonn 1957, pp. 111 y ss.

FACHIRI, A.P.: "The local Remedies Rule in the Light of the Finnish Ships Arbitration" en BYIL, 1936, vol. XVII, pp. 19 y ss.

FAWCETT, J.E.S.: "The Exhaustion of Local Remedies. Substance or Procedure?" en: British Yearbook of International Law. 31. (1954) pp. 452-458. Aquí p. 458.

FIX-ZANUDIO, H.: "Los Derechos Humanos y su protección ante las Jurisdicciones Nacionales. Misc. Ganshof van der Meersch. Bruselas, 1972, t. III, pág. 113.

FRIEDMANN, H.: "Epuisement des voies de recours internes", R.D.I.L.C., 1933, pp. 318-327.

GUINAND, J.: "La règle de l'Epuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme", en Revue Belge de Droit International. 1968 - 2 pp. 471-483.

GOLSONG, H.: "The European Convention on Human Rights before Domestic Courts", en B.Y.I.L., 1962, XXXVIII, pp. 445-532, aquí 454-456.

GRILLO-PASQUARELLI, E.: "The question of exhaustion of domestic remedies in the context of the examination of admissibility of an application to the European Commission of Human Rights", en "Privacy and Human Rights", Manchester 1973, pp. 332 y ss.

GROS ESPIELL, H.: "L'organisation des Etats américains" (O.E.A.) en "Les dimensions internationales des Droits de l'homme" Nueva York 1978, pp. 600 y ss.

KISS, CH.: "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen" París 1961, p. 244 (Travaux du colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg).

MARIN LOPEZ, A.: "El recurso individual ante un órgano internacional. El Caso Nielsen" en REDI, vol. XVIII, n° 1, Enero-marzo 1965, pp. 3-19.

McGOVERN, E.: "The local remedies rule and administrative practices" en "The European Convention on Human Rights", en I.C.L.Q., 1975, pp. 119 y ss.

MERTENS, P.: "Origines et Foundaments du Droit de Recours Internes en cas de violation d'une norme de droit international", en: "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen", Bruselas 1978, pp. 23-57, aquí 56.

MIAJA DE LA MUELA, A.: "El agotamiento de los recursos internos como supuesto de las reclamaciones internacionales", en Anuario Uruguayo de Derecho Internacional, 1963, pp. 9 y ss.

PANZERA: "Le pouvoir de la Cour européenne des droits de l'homme d'accorder une satisfaction équitable a la partie lésée", en "Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme", Bari, 1974, pp. 255-263.

PERRIN, G.: "L'affaire de l'Interhan handel del: phase des exceptions préliminaires" en A.S.D.I., 1959, pp. 73 y ss.

REUTER, P.: "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public" en "La technique et les principes du droit public" en: "Etudes en l'honneur de G. Scelle" París 1950, t. II, pp. 535-552.

ROLIN, H.: "Les principes du Droit international public" en RCADI, 1950, II, pp. 309-476.

RUILOBA SANTANA, E.: "La regla del agotamiento de los recursos internos a través de las decisiones de la Comisión europea de los Derechos del Hombre" en "Homenaje al Prof. L. Sela Sampil, Oviedo 1970, t. I, pp. 467-504.

SABA, K.: "L'Unesco et les droits de l'homme" en "Les dimensions internationales des Droits de l'Homme" Nueva York 1978, pp. 473-506.

SEFERIADES, S.: "Le probleme de l'acces des particuliers a des juridictions internationales" en RCADI, 1935, I, pp. 5-119.

SØRENSEN, M.: "La recevabilité de l'instance devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme" en "René Cassin Amicorum Discipulorumque", París 1969, t. I, pp. 335 y ss.

SPATAFORA, E.: "La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni nella giurisprudenza della Commissione Europea dei Diritti dell'uomo". En Rivista di Diritto Europeo, Anno XI, n° 2, 1971, pp. 101-113.

SPERDUTI, G.: "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il suo sistema di garanzie", en: Rivista di Diritto Internazionale, 1963, pp. 161-175, aquí pp. 26 y 174.

SPERDUTI, D.: "Sul funzionamento del sistema dei ricorsi individuali alla Commissione europea dei diritti dell'uomo", en Riv. Dir. Int. 1974, n° 3, pp. 548-566.

SULLIGER, D.: "L'épuisement des voies de recours internes en droit international general et dans la Convention européenne des droits de l'homme", en "Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme" Bari 1974.

TRECHSEL, S.: "La durée raisonnable de la détention préventive (art. 5 (3) de la Convention européenne des Droits de l'Homme)", en: R.D.H., vol. IV, n° 1, 1971, pp. 119-152.

VANWELKENHUYZEN, A.: "Le Respect des Droits de l'Homme et la Legislation Belge pour la Repression du Vagabondage et de la mendicité", en *Revue Belge de Droit International*. 1973 - 1, vol. IX, pp. 338-374.

VASAK, K.: "Le droit international des droits de l'homme" en *RECADI*, 1974, IV, pp. 333 y ss.

VELU, J.: "Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen", Bruselas 1978, pp. 187-243.

VITTA, E.: "Processo civile e diritti dell'uomo" en: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*. 1977, n° II, pp. 568-614, aquí pp. 570-573.

WIEBRINGHAUS, H.: "La regle de l'épuisement préalable des voies de recours internes dans la Jurisprudence de la Commission Européenne des Droits de l'Homme", en *A.F.D.I.* (1959) pp. 685-704.

WITENBERG, J.C.: "La theorie des preuves devant les juridictions internationales" en: *Recueil de Cours de l'Academie de Droit International* (1936) II, pág. 41.

ZANGHI, C.: "L'esaurimento dei ricorsi interni nella giurisprudenza della Commissione Europea Dei Diritti dell'uomo" en *Notiz. del Centro Internazionale di Studi per la Protezione dei Diritti dell'Uomo*, 1967, n° 2-3, pp. 67 y ss.

III. Obras Complementarias.

A) Monografías.

ABI-SAAB, G.: "Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour Internationale de Justice" París, 1967.

AMERASINGHE, F.: "State responsibility for injuries to aliens" Londres, 1967.

ANDRES SAENZ DE SANTAMARIA, M.P.: "El arbitraje Internacional en la Práctica Convencional Española" (1974-1978", Oviedo 1982.

EAGLETON, C.: "The responsibility of States in international law" Nueva York, 1928.

EISEMANN, P.M.; COUSSIRAT - COUSTERE, V. y HUR. P.: "Petit Manuel de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice" (París 1970).

EUSTATHIADES, C.: "La responsabilité internationales des Etats pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en Droit International", 2 vols. París, 1936.

BISONNETTE, P.A.: "La satisfaction comme mode de réparation en droit international" These doctoral, Ginebra 1952.

ROLECKER-STERN, R.: "Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale" París, 1973.

CASTILLO: "Les réparations allemandes. Deux experiences: 1919-1932, 1945-1952." París 1954.

GAGNIER Y ARCHAMBAULT, J.P.: "Evaluation du préjudice subi par les victimes" París, 1970.

GARCIA ARIAS, L.: "Balance y perspectivas del Tribunal Internacional de Justicia" Madrid, 1972.

GERMLEY, W.P.: "The procedural status of the individual before international and supranational tribunals" La Haya, 1966.

GUYOMAR, G.: "Le défaut des parties à un différend devant les juridictions internationales (Etude de droit international public positif) París, 1960.

HALLER, M.: "Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation" Tesis, París, 1926.

HUDSON, M.O.: "La Cour Permanente de Justice Internationale" París, 1936.

KISS, A. Ch.: "L'abus de droit en Droit International" París, 1954.

MIGLIONI, C.: "La sanzione nell Diritto internazionale" Milán, 1951.

MENDEGRIS, R.: "Nature juridique de la compensation" París, 1969.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: "La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya" Sistematización y Comentarios - Navarra, 1962.

PAUFFIN DE SAINT-MORELL: "Quelques aspects de la réparation du dommage corporel-Assurance et Sécurité Sociale. Paris, 1966.

PERSONNAZ, J.: "La réparation du préjudice en Droit International public" Paris, 1968.

REITZER, L.: "La réparation comme conséquence de l'acte illicite en Droit international" Paris, 1938.

RIPERT, L.: "La Réparation du préjudice dans la Responsabilité délictuelle" Paris, 1933.

ROUJOU DE BOUBEE, M.E.: "Essai sur la notion de réparation" Paris, 1974.

RUZIE, D.: "Organisations internationales et sanction internationales" Paris, 1971.

SHIHATA, I.: "The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la Compétence" La Haya, 1965.

VILLANY, U.: "La conciliazione nelle controversie internazionali" U. Bari, Naples 1979.

VISSCHER, Ch. de: "De l'équité dans la détermination et l'évaluation des dommages" Paris, 1972.

THOMAS, Th.: "Non intervention" Dallas, 1956.

b) Artículos.

AGUILAR NAVARRO, M.: "Intervención y organización internacional", en REDI, 1955, p. 505 y ss.

AGUILAR NAVARRO, M.: "La responsabilidad internacional y los trabajos del Instituto de Derecho Internacional" en REDI, vol. IX, pp. 491 y ss.

BERLIAG: "Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique" en AFDI, 1957, pp. 72 y ss.

BROWN SCOTT, H.B.: "The proposed International Prize Court" en AJIL, 1908, vol. 2, pp. 476-489.

BROWN SCOTT, J.: "The International Court of Price" en AJIL, vol. 5, 1911, pp. 302-324.

BROWN SCOTT, J.: "The Hague Court Reports" Second Series Nueva York, 1932.

CASANOVAS Y LA ROSA, O.: "Abuso de Derecho, desviación de poder y responsabilidad internacional" Notas sobre la acusación de abuso de derecho y desviación de poder en el asunto de la "Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España), En REDI, vol. XXIII, n° 2-3, 1970, pp. 465-490.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: "La pretendida responsabilidad internacional del Estado español por actos de sus autoridades administrativas en el caso "Barcelona Traction" en REDI, 1970, vol. XXIII, n° 2-3, pp. 433-464.

EAGLETON, C.: "Measures of damages in international law" en Yale Law Journal 1929, p. 53.

FRANÇOIS, J.P.A.: "La Convénation européenne pour le Règlement pacifique des différends" en Annuaire Européen, vol. VI, La Haya 1959, pp. 54-66.

GARCIA ARIAS, L.: "El primer caso ante el Tribunal Internacional de Justicia. El caso del Canal de Corfú. La excepción preliminar" en REDI, 1948, pp. 411-436.

GARCIA ARIAS, L.: "El segundo dictamen del Tribunal Internacional de Justicia: La reparación por daños sufridos al servicio de las N.U." en REDI, 1949, pp. 977 y ss.

GARDE CASTILLO, J.: "El acto ilícito internacional, en REDI, 1950, pp. 121 y ss.

GREEN, M.C.: "The individual and his status in international law" en The India Journal of International Law, 1961, pp. 415-428.

KOROWICZ: "The problem of the International Personality of individuals" en AJIL, 1956, p. 539.

LEGAL, A.: "Les Garanties d'Indemnisation de la victime" en "Recueil d'études en hommage a I. Huguenev" "Problèmes Contemporains de Procédure Pénale" París, 1964.

LUZZATO, R.: "Responsabilità e colpa in Diritto Internazionale" en Riv. Dir. Int. 1968, pp. 53-107.

MARIN LOPEZ, A.: "Aspectos actuales de la responsabilidad internacional" en Libro Homenaje A. Miaja Madrid 1979, p. 815 y ss.

MARTINEZ AGULLO, L.: "El agotamiento de los recursos internos y el caso de la "Barcelona Traction" en REDI vol. XXIII, núm. 2-3, 1970, pp. 344-374.

MIAJA DE LA MUEJA, A.: "Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux" en Mélanges offerts a Juraj. Andrassy. La Haya 1968, pp. 189-213.

MIAJA DE LA MUELA, A.: "La cuestión del "ius standi" del Gobierno belga en la Sentencia de 5 de Febrero de 1970" en: REDI vol. XXIII, Núm. 2-3, 1970, pp. 306-343.

MYERS, D.P.: "The origin of the Hague Arbitral Courts" en AJIL, vol. 8, 1914, pp. 769-801.

NOBLE GREGORY, Ch.: "The Proposed International Prize Court and some of its difficulties" en A.J.I.L., vol. 2, 1908, pp. 458-475.

ORCASITAS LLORENTE, L.: "Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya de 6 de abril de 1955 en el llamado "Asunto Nottebohm" en REDI, vol. VIII, pp. 247 y ss.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: "La sentencia del Tribunal de La Haya de 5 de febrero de 1970 (Asunto de la "Barcelona Traction") y la responsabilidad internacional por actos judiciales. En REDI vol. XXIII, Núm. 2-3, 1970, pp. 413-432.

REUTER, P.: "Le dommage comme condition de la Responsabilité Internationale" en Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor A. Miaja de la Muela, Madrid, 1979, t. II, pp. 837-846.

SAAVERA MUGUELAR, A.: "El nuevo Reglamento del Tribunal Internacional de Justicia" en REDI, 1981, n° 1, pp. 111-126.

TRUJILLO, E.: "La procédure mexicaine d'amparo" RIDC, 1949, I, pp. 229 y ss.

VITTA, E.: "Responsabilidad de los Estados" en REDI, vol. XII, n°s. 1-2, pp. 11-30.

ZOLLER, E.: "Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales" en AFDI, 1978, pp. 327-351.

